Die Aufhebung des Testaments

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Wilhelm Reinstorf
Gerichtsreferendar aus Osterholz-Scharmbeck bei Bremen

Marburg/L. 1937

Druck von Thiele & Schwarz, Kassel-Wilhelmshöhe

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 16. Juni 1936

Erstberichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Fr. Leonhard

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Boehmer

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht

A. Allgemeines 1

I. Das Recht zur Aufhebung des Testaments 1

II. Abgrenzung der Testamentswiderrufsarten der §§ 2254 bis 2256 von der Aufhebungshandlung im Sinne des § 2258 . . 3

III. Die Rechtsnatur der Aufhebungshandlungen 7

IV. Die Fähigkeit zur Testamentsaufhebung unter besonderer Berücksichtigung des § 2253 Abs. 2 11

B. Die einzelnen Aufhebungs-Akte 22

I. Aufhebung durch Testament 22

1. Allgemeines 22

2. Die Aufhebung durch widerrufendes Testament (§ 2254) 24

3. Die Aufhebung durch widersprechendes Testament (§ 2258) 30

II. Aufhebung durch andere Willenserklärungen 37

1. Der Widerruf im Sinne von § 2255 37

2. Der Widerruf durch die Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256) 54

III. Der Widerruf der Aufhebungsakte 69

1. Der Widerruf des testamentarischen Widerrufs (§ 2257) 69

2. Der Widerruf des Aufhebungstestaments im Sinne des § 2258 Abs. 1 (§ 2258 Abs. 2) 71

Literaturverzeichnis

A. Lehrbücher, Kommentare, Monographien und Aufsätze

Ahammer, Der Widerruf letztwilliger Verfügungen nach §§ 2255 und 2256 BGB. Diss. Erlangen, Weißenburg i. B. 1908.

Benkard, Bericht über die Sitzung der Frankfurter Notarversammlung vom 3. November 1902 in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1936, S. 116. ff.

Boehm, Das Erbrecht des BGB., 2. Aufl., Hannover 1900.

Bödiker, Verwahrung des Testaments in DJZ., 1900, S. 500.

Brock, Das eigenhändige Testaments Berlin 1900.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 5. Aufl., Jena 1912.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 5, Tübingen 1912.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 5. Bd., Halle 1905.

Eichhorn, Das Testament. Hand- und Musterbuch für Verfügungen von Todeswegen, 5. Aufl., Berlin 1910.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Bd., 8. und 9. Aufl., Berlin 1919.

Frommhold, Das Erbrecht des BGB., Berlin 1900.

Greiff, Verwahrung des Testaments in DJZ. 1900, S. 522.

Grünbaum, Die Aufhebung des einfachen Testaments nach den Bestimmungen der §§ 2253—2258 des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Marburg 1914.

Hösl, Der Widerruf des Testaments, Diss. Erlangen 1930.

Heinsheimer, Widersprechende Testamente in DJZ. 1906, S. 796 ff.

Hellmann, Das deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1936 in kurzgefaßter Darstellung von Strohal in krit. V. Schr. Bd. 39, S. 212 ff.

F. v. Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik 1935.

Hölder, Das eigenhändige Testament in Jherings Jahrb. für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 41, S. 301 ff.

Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht,
I. Teil: Deutsch-Preußisches Notariatsrecht, Berlin 1910.
II. Teil: Formularbuch, Berlin 1910.

Kieß, Widerruf des Testaments nach §§ 2253—2257. Diss. Leipzig 1909.

Kipp, Das Erbrecht in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 3. Abt., Marburg 1928.

Klein, Studien zur Rechtsgeschäftslehre in Arch.f. b. R. Bd. 40, S. 196 ff.

Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Würzburg 1895.

Kretzschmar, Das Erbrecht des BGB., Leipzig 1910.

Kretzschmar, Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen in Z. Bl. f. F. G. Bd. 12, S. 653.

Köhler, Die sog. stillschweigende Willenserklärung nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Jena 1903.

Küntzel, Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des BGB. in Gruch. Beitr. Bd. 41, S. 583 ff.

Leonhard, Bürgerliches Gesetzbuch V Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1912.

Leonhard, Die Beweislast, Berlin 1912.

Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen, I. Teil 1882.

Mantey, Zur Anwendung der §§ 2085 und 2255 BGB., in Recht 1906, S. 555 f.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., Berlin 1910.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB., Leipzig 1900.

Meyer, Paul, Das Erbrecht des BGB, ein Lehrbuch. 1. bis 6. Lief., 2. Aufl., München 1904, 1905, 1910.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, 5. Aufl., Berlin 1909.

Peiser, Handbuch des Testamentsrechts, 2. Aufl., Berlin 1907.

Planck, Kommentar zum BGB., 5. Bd., 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1930.

Riemann, Darf der Richter oder Notar das vor ihm errichtete Testament vor Ablieferung in die amtliche Verwahrung zum Zwecke der Vernichtung zurückgeben, in Recht 1909, S. 208 ff.

Scherer, Kommentar zum BGB., V. Buch, Erlangen 1900.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl., 2. Bd., Stuttgart 1929.

Staudinger, Kommentar zum BGB., V. Bd., 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1928.

Strohal, Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl., Berlin 1903.

Ude, Die amtliche Verwahrung letztwilliger Verfügungen in Z. Bl. f. FGG. 1901, S. 1 ff.

Wäntig, Ist der Notar berechtigt, das vor ihm errichtete Testament dem Testator, der das Testament widerrufen will, vor der Ablieferung an die Verwahrungsstelle zurückzugeben, in Zeitschr. des Deutschen Notarvereins 1908, S. 632 ff.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1930.

Wilke-Raek, Kommentar zum BGB., 5. Bd., Berlin 1900.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Bd., 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.

Zachariae-von Lingenthal-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, 4. Bd., 8. Aufl., Freiburg 1895.

Zimmer, Das eigenhändige Testament nach dem BGB. in Arch. f. bürg. Recht in Bd. 24, S. 23 ff.

B. Entwürfe, Materialien, Zeitschriften und Entscheidungssammlungen

Archiv für bürgerliches Recht. Herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Gruch. Beitr.)

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896.

Code civil von 1804.

Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand (Recht)

Deutsche Juristenzeitung (DJZ.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.)

Entwürfe eines BGB., Entwurf 1, Leipzig 1888,
Entwurf 2, Leipzig 1895,
Die Reichstagsvorlage 1896.

Hanseatische Gerichtszeitung.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jher Jahrb.)

Juristische Wochenschrift (JW.).

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ.).

Motive zum Entwurf eines BGB., 5. Bd., Berlin und Leipzig 1888.

Oesterreichisches Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., 5. Bd., Berlin 1899 (Prot.).

Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB., V. Bd., 6. Aufl., Berlin 1928 (RGRKomm.).

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG.).

Sachsen: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863.

Sächsisches Archiv für Rechtspflege (Sächs. Arch.).

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten (Seuff. A.).

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern (Seuff. Bl. f. RA.).

Soergel, Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen (Warn.)

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung (Z. Bl. f. FGG.).

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554427_0108

A. Allgemeines

I. Das Recht zur Aufhebung des Testaments

Nach dem Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches können Verfügungen von Todes wegen auf zwei Arten getroffen werden: durch einen formgebundenen Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Bedachten (Erbvertrag) oder durch eine gleichfalls an bestimmte Formvorschriften gebundene einseitige Willenserklärung des Erblassers (Testament, letztwillige Verfügungen).

Ein Erbvertrag ist den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts entsprechend für beide Parteien von bindender Wirkung. Der Erblasser hat also nicht das Recht, die in einem derartigen Vertrag enthaltenen Vereinbarungen einseitig aufzuheben, es sei denn, daß er sich den Rücktritt vorbehalten hat (§ 2293). Sonst steht ihm für eine Aufhebung oder Abänderung regelmäßig nur die Möglichkeit des Abschlusses eines neuen Erbvertrages offen.

Im Gegensatz dazu kann ein Testament jederzeit durch eine einseitige Willenserklärung des Erblassers beseitigt werden. Ohne diese Möglichkeit würde in vielen Fällen die Absicht des Erblassers nicht erreicht werden. Sein Testament soll seinen *letzten* Willen enthalten und die Grundlage dafür bilden, daß dieser Wille zur Durchführung gelangt. Der Erblasser will sich auch die Freiheit vorbehalten, auf Grund seiner späteren Erfahrungen und Anschauungen seine Bestimmungen ändern zu können. Daß es in der Praxis häufig vorkommt, daß ein Erblasser nach der Errichtung seines Testaments den Plan faßt, seine Nachlaßverhältnisse in anderer Weise zu regeln, zeigen die Erfahrungen des täglichen Lebens. In allen diesen Fällen entspricht der im Testament zum Ausdruck gebrachte Wille nicht mehr dem wahren *letzten* Willen des Testators. Damit nun verhindert werden kann, daß ein solches veraltetes Testament bestimmend für die Erbfolge wird, muß dem Erblasser das Recht zustehen, seine letztwillige Verfügung durch eine einseitige Handlung zu beseitigen. Er gewinnt dadurch die Möglichkeit, an deren Stelle ein neues, seinem jetzigen Willen entsprechendes Testament zu setzen.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist das Recht des Erblassers, seine frühere letztwillige Verfügung aufzuheben, im § 2253 grundsätzlich

anerkannt worden. Die verschiedenen Arten der Aufhebungshandlung haben in den §§ 2254—2258, 2289 und 2271 ff. BGB. ihre gesetzliche Regelung gefunden. In der vorliegenden Arbeit sollen nur die Aufhebungsarten der §§ 2254—2258 näher untersucht werden.

Aus der Formulierung des Gesetzes, vor allem der des § 2253, Abs. 1, geht hervor, daß die Vorschriften der §§ 2253—2258 zwingendes Recht enthalten. Es ist deshalb nicht möglich, die Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmungen auszuschließen oder von ihrem Inhalt abzuweichen. Das ist hinsichtlich eines vertraglichen Verzichts ausdrücklich ausgesprochen worden. Nach § 2302 ist ein obligatorischer Vertrag, durch den sich der Erblasser freiwillig seines Aufhebungsrechts begibt, nichtig. Ein derartiger Vertrag liegt aber nicht vor, wenn ein Erblasser eine zunächst letztwillig errichtete Verfügung später in einen Erbvertrag aufgenommen hat.[1] Obwohl dieser Erbvertrag bewirkt, daß mit seinem Abschluß die sachlichen Bestimmungen des Testaments unwiderruflich geworden sind, ist er gültig. Die Unwiderruflichkeit tritt nämlich in diesem Fall nicht ein, weil sie in einem späteren obligatorischen Vertrag im Sinne des § 2302 ausgesprochen worden ist, sondern deshalb, weil der Erblasser die sachlichen Bestimmungen des Testaments zum Inhalt eines für ihn verbindlichen Erbvertrags gemacht hat. Ein derartiger Erbvertrag stellt infolgedessen auch keine Ausnahme gegenüber der Regel des § 2302 dar.

Ebenso wie die vertragliche, ist auch die einseitige Verzichtserklärung auf das Aufhebungsrecht mit dem Wesen des Testaments und dem zwingenden Charakter dieses Rechts unvereinbar und daher unwirksam. Das gilt vor allem für die im Testament selbst mit aufgenommene Bestimmung, daß jede spätere letzwillige Verfügung ungültig oder nur unter bestimmten Voraussetzungen gültig sein soll (derogatorische Klausel). Eine derartige persönliche Bindung des Erblassers würde eine unsittliche und damit widerrechtliche Beschränkung seiner Testierfreiheit bedeuten.[2] Die Unwirksamkeit einer einseitigen Verzichtserklärung oder einseitigen Beschränkung des Aufhebungsrechts ist daher allgemein anerkannt. Dagegen wendet sich auch Dernburg[3] nur scheinbar. Dernburg behandelt folgenden Fall: Ein Erblasser hat in seinem Testament die Bestimmung getroffen, daß eine spätere Verfügung nur in einer ganz bestimmten gesetzlichen Form wirksam sein soll. Später errichtet er eine neue, dem ersten

[1] Voraussetzung für die Gültigkeit eines derartigen Erbvertrages ist, daß der Wortlaut des Vertrags den Inhalt des früheren Testaments klar und lückenlos wiedergibt. Eine bloße Bezugnahme auf dieses Testament würde den für den Erbvertrag aufgestellten Formvorschriften nicht gerecht. Vgl. Leonhard zu § 2302; Schiffner, 60 A 17; Planck zu § 2302 Bem. 2.

[2] Leonhard a. a. O.

[3] Dernburg § 25 II Anm. 2.

Testament sachlich widersprechende letzwillige Verfügung in einer der übrigen gesetzlichen Testamentsformen. Nach Dernburg soll dieser neuen Verfügung unter Umständen eine aufhebende Wirkung nicht zukommen. Zur Begründung führt er an, daß aus der Nichtbeachtung der im ersten Testament selbst vorgeschriebenen Form im Einzelfall hervorgehen könne, daß der Erblasser mit der neuen Verfügung nicht ein wirksames Testament, sondern lediglich einen Entwurf eines Testaments errichten wollte. Diese Art der Begründung zeigt, daß Dernburg nicht von dem Grundsatz abweicht, daß eine einseitige Aufgabe oder Selbstbeschränkung der Aufhebungsfreiheit unwirksam ist. Denn dann hätte er seine Ansicht einfach damit begründet, daß die neue Verfügung wegen des Mangels der selbst vorgeschriebenen Form nichtig sei. Er geht vielmehr von einem anderen, nur die subjektive Seite betreffenden Gesichtspunkt aus, indem er aus der Verschiedenheit der gewählten und der selbst vorgeschriebenen Form den Schluß zieht, daß der Erblasser lediglich die Errichtung des Entwurfs eines zweiten Testaments gewollt haben kann. Dieser Ansicht Dernburgs ist zuzustimmen. Legt z. B. ein Erblasser statt in der von ihm selbst im ersten Testament vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Testamentsform seinen letzten Willen in einem Privatschriftstück nieder, das die Formen eines einfachen Testaments aufweist, so kann im Einzelfall damit die Errichtung des Entwurfs eines Testaments gewollt sein. Wird dagegen von einem Erblasser statt des von ihm selbst vorgeschriebenen Privattestaments später ein gerichtliches oder notarielles Testament errichtet, so läßt sich aus der Wahrung dieser Form eher die Auffassung rechtfertigen, daß der Erblasser sich nicht mehr an seine Selbstbeschränkung gebunden gefühlt hat, folglich also in diesem Fall ein wirksames Testament errichten wollte.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß dem Erblasser ein grundsätzlich unverzichtbares, jederzeit zulässiges Recht zur Aufhebung eines von ihm errichteten Testaments zusteht.

II. Abgrenzung der Testamentswiderrufsarten der §§ 2254 bis 2256 von der Aufhebungshandlung im Sinne des § 2258

Die Aufhebung eines Testaments stellt einen rechtlichen Erfolg dar. Dieser Erfolg unterscheidet sich begrifflich von der üblicherweise im bürgerlichen Recht als „Aufhebung" bezeichneten Rechtswirkung. Unter „Aufhebung" wird grundsätzlich die Beseitigung der durch

juristische Tatsachen entstandenen *Rechte* verstanden. Soweit eine *Testamentsaufhebung* durch eine Handlung im Sinne von § 2255 oder durch die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nach § 2256 erfolgt, tritt die aufhebende Wirkung im Augenblick der Vornahme dieser Handlungen ein (§ 2257 findet auf diese Akte keine Anwendung). Wird dagegen ein Testament durch ein neues widerrufendes (§ 2254) oder widersprechendes (§ 2258) Testament beseitigt, so tritt die aufhebende Wirkung erst im Augenblick des Erbfalls ein (§§ 2257, 2258 Abs. 2). In beiden Fällen sind jedoch zur Zeit des Eintritts der aufhebenden Wirkung noch keine *Rechte* durch die beseitigte letztwillige Verfügung zur Entstehung gekommen. Man kann demnach unter der Aufhebung eines Testaments nicht die Beseitigung der durch ein Testament begründeten Rechte verstehen, sondern lediglich das Wegräumen dessen, was auf dem Wege zur Begründung dieser Rechte bereits geschaffen war, also eine *Hinderung* der endgültigen Entstehung von Rechtswirkungen.

Die Aufhebung des einfachen Testaments durch den Erblasser ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch auf vier Arten möglich:

1. durch die Errichtung eines widerrufenden Testaments (§ 2254);
2. durch die Vernichtung oder eine bestimmte Veränderung der Testamentsurkunde (§ 2255);
3. durch die Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256);
4. durch die Errichtung eines späteren Testaments mit widersprechendem Inhalt (§ 2258).

Während das Gesetz in den §§ 2254—2256 vom „Widerruf" spricht, gebraucht es im § 2258 den Ausdruck „insoweit aufgehoben".

Die Verschiedenartigkeit dieser Bezeichnungen deutet darauf hin, daß zwischen dem Widerruf der §§ 2254—2256 und der Aufhebung im Sinne des § 2258 ein innerer Gegensatz besteht. Allerdings wird diese Ansicht von der überwiegenden Anzahl der Schriftsteller nicht geteilt.[1] Diese sehen die Aufhebung durch ein widersprechendes Testament als eine besondere Art des Widerrufs an und fassen daher alle einseitigen Testamentsaufhebungshandlungen des Erblassers unter dem Oberbegriff „Widerruf des Testaments" zusammen. Zu dieser Gruppe sind auch diejenigen Schriftsteller[2] zu zählen, die den Widerruf im Sinne der §§ 2254—2256 als einen eigentlichen oder negativen bezeichnen und ihn in Gegensatz zu dem aufhebenden widersprechenden Testament

[1] Strohal § 42 III 1, Endemann § 68 II a u. b, Dernburg § 40 Bem. 1 Abs. 3, Boehm § 64 I III c, Frommhold zu § 2253 Bem. 1, Enneccerus § 21 II, Crome § 655 III 1.

[2] Planck zu § 2253 Bem. 1, Heinsheimer: Das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch 1905 II zu §§ 2253—2258 III.

als dem Widerruf im weiteren Sinne setzen.[1] Eine andere Gruppe von Schriftstellern[2] nimmt an, daß Widerruf und Aufhebung im Sinne von § 2258 inhaltlich scharf voneinander zu trennen sind und ganz verschiedene nebeneinander stehende Aufhebungsmöglichkeiten darstellen. Dieser letzten Ansicht ist zuzustimmen.

Unter einem „Widerruf" versteht man die bewußte und gewollte Zurücknahme einer früheren Erklärung durch eine neue Willensäußerung. Zu den wesentlichen Merkmalen des Widerrufs gehört vor allem der Wille zur Aufhebung, zur Vernichtung, der „negative Wille". Da dieser Wille ohne das äußere Inerscheinungtreten juristisch keine Beachtung finden würde, kommt als weiteres Merkmal die Äußerung des Aufhebungswillens in einer der dafür üblichen und als rechtsgültig anerkannten Formen hinzu.

Ein Widerruf kann grundsätzlich ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden. Voraussetzung ist nur, daß aus der Erklärung selbst mit Sicherheit ein Rückschluß auf das Vorhandensein eines Aufhebungswillens möglich ist.

Die Aufhebungshandlung des § 2258 entspricht nicht den Erfordernissen des „Widerrufs". Nach § 2258 wird die Aufhebung eines Testaments durch die Errichtung eines neuen Testaments mit positivem Inhalt, dessen Anordnungen im Widerspruch zu der früheren letzwilligen Verfügung stehen, herbeigeführt. Nun ist es nach dem oben Gesagten durchaus möglich, daß auch ein Widerruf in einer positiven Willensäußerung enthalten ist, wenn nur darin mit dem Willen zur Neuordnung gleichzeitig der Wille des Erklärenden zum Ausdruck gebracht wird, etwas Bestehendes aufzuheben. Es würde sich dann eben um einen sog. stillschweigenden Widerruf handeln.[3] Diejenigen Schriftsteller, die in der Aufhebung des § 2258 eine Unterart des Widerrufs erblicken, führen deshalb zur Begründung ihres Standpunktes an, daß aus der Tatsache, daß der Erblasser in neuer *positiver* Weise über den Nachlaß verfüge, notwendigerweise gefolgert werden müsse, daß er das früher Angeordnete nicht mehr wolle. Der negative Wille soll also stillschweigend in der positiven Verfügung *zum Ausdruck gebracht sein.* Praktisch wird es nun zwar in der Regel zutreffen, daß der Erblasser bei der Errichtung eines neuen widersprechenden Testaments gleichzeitig den Willen hat, die frühere letztwillige Verfügung aufzuheben. Jedoch ist auch der entgegengesetzte Fall möglich. Es ist z. B. denkbar, daß sich der Erblasser

[1] Durch die Bezeichnung „aufgehoben" soll nach dieser Ansicht lediglich ausgedrückt sein, daß der Aufhebungswille hier im Gegensatz zu den §§ 2254—2256 durch eine positive Willenserklärung zum Ausdruck gebracht wird.

[2] Staudinger zu §§ 2253—2257 II Abs. 1, Leonhard zu § 2253 I C, Cosack § 386. II, Kretzschmar § 21 I 2.

[3] Vergl. S. 27, 28.

bei der Errichtung eines widersprechenden Testaments gar nicht mehr dessen bewußt war, daß er bereits früher einmal eine andere entgegengesetzte Verfügung getroffen hatte. Er hat also keinen Aufhebungswillen gehabt. Trotzdem tritt auch in diesem Fall durch die Errichtung des widersprechenden Testaments nach § 2258 eine Aufhebung des älteren Testaments ein.

Es ist demnach nicht zutreffend, daß aus dem objektiven Inhalt des widersprechenden Testaments in jedem Fall ein Rückschluß auf den Aufhebungswillen des Testators zu ziehen ist.

Bei den Aufhebungshandlungen im Sinne des § 2258 ist folglich einmal der negative Wille nicht immer vorhanden; außerdem ist er durch das widersprechende Testament nicht zum Ausdruck gebracht. Daraus folgt, daß die Aufhebungsart des § 2258 keinen Widerruf darstellt.

Die aufhebende Wirkung des widersprechenden Testaments hat einen anderen Grund wie die der Widerufsarten der §§ 2254—2256. Dieser ist in der *sachlichen Unvereinbarkeit* der beiden Testamente zu suchen,[1] die zur Folge hat, daß es im Falle des Todes des Erblassers nicht möglich ist, beide letztwilligen Verfügungen durchzuführen. Nach dem Grundgedanken des Gesetzes soll der *letzte* Wille des Erblassers für die Regelung seiner Nachlaßverhältnisse maßgebend sein. Daher ist es folgerichtig, daß nur das zweite, widersprechende Testament als Verkörperung des letzten Willens Anwendung findet, das erste Testament dagegen unbeachtet bleibt.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß der „Widerruf" und die „Errichtung eines widersprechenden Testaments" ihrem Wesen nach verschiedene Aufhebungshandlungen darstellen. Die strenge Unterscheidung der beiden Arten der Aufhebungshandlungen hat nicht nur theoretischen Wert, sondern ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Das gilt insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung des Widerrufstestaments im Sinne des § 2254 von dem Aufhebungstestament im Sinne des § 2258.[2]

Da der „Widerruf" nicht der Oberbegriff, sondern eine Untergliederung des Oberbegriffs „Aufhebungshandlungen" ist, erscheint es richtiger, die Behandlung der Vorschriften der §§ 2253—2258 unter dem Thema „Aufhebung des Testaments"[3] und nicht unter dem Thema „Widerruf des Testaments"[4] vorzunehmen.

Bei einer Gliederung des Stoffes soll von derjenigen des Gesetzes abgewichen werden. Als Ausgangspunkt für eine Einteilung wird

[1] Ebenso RGRKomm. zu 2258; Leonhard zu § 2258; Cosack § 386 II 1 d; Bayr. Zeitschr. 1907 S. 374; Staudinger zu § 2258 Anm. 2.
[2] Vergl. nähere Ausführungen S. 23, 24.
[3] Ebenso: Grünbaum.
[4] So: Hösl.

nicht der Inhalt, sondern die Form der Willenserklärungen, durch die die Aufhebung herbeigeführt wird, gewählt. Die Aufhebungshandlungen der §§ 2254—2258 lassen sich danach einteilen in:

I. Aufhebung durch Testament,
   1. durch widerrufendes Testament (§ 2254),
   2. durch widersprechendes Testament (§ 2258),

II. Aufhebung durch andere Willenserklärungen,
   1. durch Widerruf im Sinne von § 2255,
   2. durch Zurücknahme des hinterlegten Testaments (§ 2256),

III. Widerruf der Aufhebungsarten,
   1. Widerruf des testamentarischen Widerrufs (§ 2257),
   2. Widerruf des Aufhebungstestaments des § 2258 (§ 2258 Abs. 2).

III. Die Rechtsnatur der Aufhebungshandlungen

Bevor die einzelnen Aufhebungshandlungen einer näheren Untersuchung unterzogen werden, ist zunächst festzustellen, welche Rechtsnatur sie haben. Eine derartige Untersuchung ist gleichfalls von erheblicher praktischer Bedeutung. Stellen z. B. alle Aufhebungsarten Rechtsgeschäfte dar, so finden die allgemeinen Vorschriften über Willensmängel und Geschäftsfähigkeit auf sie Anwendung. Außerdem sind daneben die besonderen erbrechtlichen Vorschriften über Testierfähigkeit und Willensmängel zu berücksichtigen, wenn die Aufhebungshandlungen den Charakter letztwilliger Verfügungen tragen.

Zunächst soll geprüft werden, ob die Aufhebungshandlungen der §§ 2254 bis 2258 als Rechtsgeschäfte anzusehen sind, oder ob sie bloße Rechtshandlungen darstellen. Rechtsgeschäfte sind auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs gerichtete Privatwillenserklärungen, d. h. Handlungen, die außer dem Tat- und Erklärungswillen einen bestimmten auf die Rechtswirkung gerichteten Erfolgswillen auf Seiten der handelnden Person erkennen lassen. Als Rechtshandlungen (im weiteren Sinne) bezeichnet man dagegen Handlungen, bei denen das Gesetz an eine bestimmte menschliche Willensbetätigung Rechtswirkungen knüpft, einerlei ob diese gewollt sind oder nicht. Rechtsgeschäfte unterscheiden sich demnach von Rechtshandlungen dadurch, daß bei ihnen der *geäußerte Erfolgswille* wesentlich für die Herbeiführung des Erfolgs ist, während bei den Rechtshandlungen eine nicht auf den Rechtserfolg gerichtete Willensbetätigung den Eintritt der Rechtswirkung zur Folge hat.

Prüft man die Aufhebungshandlungen der §§ 2254—2258 unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte auf ihre Rechtsnatur, so ist zunächst festzustellen, daß die testamentarische Aufhebungsart des § 2254 unzweifelhaft ein Rechtsgeschäft, und zwar ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt. Der durch die Errichtung des widerrufenden Testaments zum Ausdruck gebrachte Wille des Erblassers ist auf die Beseitigung eines früheren Testaments gerichtet. Die aufhebende Wirkung tritt deshalb ein, weil sie vom Erblasser gewollt ist.

Die Widerrufsart des § 2255 stellt ebenfalls ein Rechtsgeschäft dar.[1] § 2255 setzt ausdrücklich voraus, daß die Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde *in der Absicht* vorgenommen sein muß, das Testament aufzuheben. Der Eintritt des Erfolgs hängt also auch hier vor allem von dem Vorhandensein des Aufhebungswillens ab.

Der Widerruf im Sinne des § 2256 erfolgt durch die Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung. Diese setzt voraus, daß der Erblasser das Verlangen an den Verwahrungsbeamten gestellt hat, ihm das hinterlegte Testament herauszugeben (§ 2256 Abs. 2). Aus der Stellung des Herausgabeantrags ist zu folgern, daß der Erblasser den Willen hat, das Testament in Empfang zu nehmen. Dieser Wille ist auch noch im Zeitpunkt der Rücknahme vorhanden; er wird gerade durch sie erneut geäußert. Die Rücknahmehandlung stellt demnach insoweit eine private Willensäußerung dar, die außer einem Tat- und Erklärungswillen einen Erfolgswillen erkennen läßt. Zu beachten ist jedoch, daß dieser Erfolgswille nicht, wie im Falle des § 2255, auf die Beseitigung des zurückgegebenen älteren Testaments gerichtet ist. Er hat vielmehr ein anderes Ziel, nämlich die Aufhebung des einem Verwahrungsvertrag ähnlichen Rechtsverhältnisses,[2] das zwischen dem Erblasser und der Verwahrungsstelle durch die Hinterlegung des Testaments zur Entstehung gelangt ist. Dieser Erfolg wird zwar nicht nur durch die private rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Erblassers allein herbeigeführt, sondern daneben durch die der Rücknahme entsprechende Rückgabe des Testaments durch den Verwahrungsbeamten, die sich ihrerseits als ein Verwaltungsakt darstellt. Daraus folgt, daß der gesamte Tatbestand des § 2256 nicht ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, einen Vertrag, sondern einen sog. zweiseitigen Verwaltungsakt[3] bildet. Ein Vertrag liegt nicht vor, weil der Staat, vertreten durch den Verwahrungsbeamten, dem Erblasser im vorliegenden Fall nicht wie eine Privatperson gegenübertritt und weil außerdem die Rückgabe nicht im

[1] Kipp § 21 II 2.

[2] Vergl. S. 61.

[3] Über den Begriff des zweiseitigen Verwaltungsakts vergl. Jellinek: „Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung in Festgabe für das Preuß. OVG 1925 S. 84 ff.

freien Ermessen des Beamten liegt, sondern auf Verlangen des Erblassers erfolgen muß. Die Tatsache, daß es sich hier um einen zweiseitigen Verwaltungakt handelt, hindert aber nicht, den privatrechtlichen Bestandteil des Verwaltungsakts, die rechtsgeschäftliche Willensäußerung des Erblassers, nach Privatrecht zu behandeln. Demnach finden auf ihn die allgemeinen Vorschriften über Geschäftsfähigkeit und Willensmängel Anwendung.

Das gilt indessen nur für die Beendigung des Verwahrungsverhältnisses, nicht aber für die Aufhebung des Testaments. Diese tritt zu dem durch den zweiseitigen Verwaltungsakt herbeigeführten und vom Erblasser gewollten Erfolg der Beseitigung des Verwahrungsverhältnisses als weitere Rechtswirkung hinzu. Da diese Rechtswirkung völlig unabhängig vom Willen des Erblassers eintritt, stellt sich die Rücknahmehandlung des § 2256 in dieser Hinsicht als bloße Rechtshandlung dar.

Im Falle des § 2258 ist der durch den Erblasser zum Ausdruck gebrachte Wille auf die positive Neuregelung seiner Nachlaßverhältnisse gerichtet. Soweit *dieser Erfolg* eintritt, handelt es sich bei der Errichtung eines widersprechenden Testaments ebenfalls um eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung, auf die die allgemeinen Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit und Willensmängel Anwendung finden. Die *aufhebende Wirkung* des widersprechenden Testaments tritt dagegen ebenso wie im Falle des § 2256 unabhängig vom Willen des Erblassers zu dem von ihm *gewollten* Erfolg hinzu. Daher stellt auch die Aufhebungshandlung des § 2258 insoweit lediglich eine bloße Rechtshandlung dar.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die Aufhebungshandlungen der §§ 2254 und 2255 als Rechtsgeschäfte anzusehen sind, während die Aufhebungsarten der §§ 2256 und 2258 zwar ebenfalls einen rechtsgeschäftlichen Bestandteil enthalten, sich aber in der hier entscheidenden Frage, nämlich soweit es sich um den Eintritt der Aufhebungswirkung handelt, als bloße Rechtshandlungen darstellen. Es fragt sich nun, ob die Aufhebungshandlungen daneben auch als letztwillige Verfügungen anzusehen sind.

Unter einer letztwilligen Verfügung, die durch Testament erfolgt, versteht man in erster Linie eine einseitige widerrufliche Willenserklärung des Erblassers, die die Regelung des Erbrechts zum Inhalt hat. Daneben wird als letztwillige Verfügung auch eine einzelne in einem Testament enthaltene Bestimmung bezeichnet. Wenn im Folgenden von letztwilligen Verfügungen die Rede ist, so wird damit der Begriff nur in seiner ursprünglichen und umfassenderen Bedeutung verwandt.

Testamente können grundsätzlich nur in ganz bestimmten Formen errichtet werden. Sie erzeugen Rechtswirkungen im Augenblick des Erbfalls. Der Inhalt letztwilliger Verfügungen besteht aus Anordnungen, die „das Schicksal des Vermögens des Erblassers für die Zeit nach seinem Tode zum Gegenstand haben".[1]

Der Widerruf im Sinne des § 2254 erfolgt in den Formen des Testaments. Seine aufhebende Wirkung tritt mit dem Tode des Erblassers ein. Insoweit entspricht diese Widerrufsart also den Erfordernissen einer letztwilligen Verfügung. Dasselbe gilt aber auch bezüglich ihres Inhalts. Soweit in einem testamentarischen Widerruf neben der negativen Anordnung positive Bestimmungen enthalten sind,[2] ist das ohne weiteres ersichtlich. Ebenso ist aber auch eine Anordnung über „die Regelung der Nachlaßverhältnisse" getroffen und damit eine letztwillige Verfügung errichtet worden, wenn der Inhalt des Testaments nur einen Widerruf darstellt. Denn ein derartiger Widerruf bewirkt, daß an Stelle des aufgehobenen Testaments die gesetzliche Erbfolgeregel oder eine ältere letztwillige Verfügung treten. Der Widerruf führt also eine Änderung und insofern auch eine Neuordnung der erbrechtlichen Nachfolge herbei.[3] Demnach ist die Widerrufsart des § 2254 als eine wahre letztwillige Verfügung anzusehen.[4]

Der Widerruf im Sinne des § 2255 hat denselben Inhalt und dieselbe sachliche Wirkung wie der testamentarische Widerruf. Er erfolgt jedoch nicht in Testamentsform; außerdem wirkt er bereits unmittelbar mit seiner Erklärung. Daraus zieht eine Reihe von Schriftstellern[5] die Folgerung, daß der Widerruf im Sinne des § 2255 keine letztwillige Verfügung darstelle, sondern lediglich wie eine solche zu behandeln sei. Diese Ansicht ist abzulehnen. Die Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde hat ebenfalls eine Regelung der Nachlaßverhältnisse zur Folge. Wenn also eine derartige Handlung auch nicht der Form nach eine letztwillige Verfügung darstellt, so doch nach ihrem Inhalt. Mit Recht vertritt deshalb die überwiegende Anzahl der Schriftsteller[6] die Ansicht, daß die Widerrufshandlung des § 2255 in sachlicher Hinsicht eine wahre letztwillige Verfügung ist.

---

[1] RG. 102 S. 69.
[2] Vergl. S. 22, 23.
[3] Endemann a. a. O.
[4] Ebenso: Meyer § 49 Ziff. 1; Crome § 655 I; Dernburg § 39 II; Planck zu § 2254; Eichhorn S. 99 II 1 c; *a. A.* Staudinger zu § 2253 III, der aus dem Wortlaut des Gesetzes (§ 1937 ff.) die Schlußfolgerung zieht, daß letztwillige Verfügungen nur Anordnungen positiver Natur enthalten können. Staudinger will demnach die Widerrufsart des § 2254 allenfalls als „letztwillige Verfügung im negativen Sinne" bezeichnet wissen.
[5] Soergel S. 739 u. 576; Kieß S. 12, 13, 32, 62.
[6] Ahammer S. 6; Crome S. 114; Dernburg S. 115; Kretzschmar S. 72; Planck zu § 2255 Bem. 1; Motive S. 298; RG 102 S. 69.

Die Widerrufsart des § 2256 dagegen stellt keine letztwillige Verfügung dar. Wie bereits erwähnt ist, tritt durch die Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung die aufhebende Wirkung nicht auf Grund des Willens des Erblassers, sondern kraft Gesetzes ein. Die Rücknahmehandlung ist demnach hinsichtlich des Widerrufserfolgs lediglich eine Rechtshandlung. Infolgedessen kann sie keine letztwillige Verfügung sein. Eine letztwillige Verfügung ist ein Rechtsgeschäft und erfordert einen auf die Regelung der Nachlaßverhältnisse gerichteten Erfolgswillen. Ein derartiger Wille ist im Falle des § 2256 nicht vorhanden. Da die Widerrufshandlung des § 2256 jedoch in sachlicher Hinsicht dieselben Wirkungen wie ein nach § 2254 oder 2255 erklärter Widerruf hat, ist es erforderlich, daß auf die privatrechtliche Willenserklärung der Aufhebungshandlung des § 2256, die lediglich auf die Beseitigung des „Verwahrungsverhältnisses" gerichtet ist, die für letztwillige Verfügungen geltenden Bestimmungen über Testierfähigkeit und Anfechtung entsprechend angewandt werden.

Die Aufhebung im Sinne des § 2258 erfolgt durch die Errichtung eines Testaments mit positivem Inhalt. Auch hier tritt die Aufhebung des früheren Testaments unabhängig vom Willen des Erblassers ein. Trotzdem stellt die Aufhebungshandlung des § 2258 eine letztwillige Verfügung dar. Allerdings nicht deshalb, weil durch die Aufhebung des früheren Testaments eine Regelung der Nachlaßverhältnisse durch einen gegebenenfalls vorhandenen negativen Willen des Erblassers herbeigeführt worden ist, sondern deshalb, weil die vom Erblasser gewollten positiven Anordnungen des widersprechenden Testaments ihrerseits das Schicksal des Nachlasses zum Gegenstand haben.

IV. Die Fähigkeit zur Testamentsaufhebung unter besonderer Berücksichtigung des § 2253 Abs. 2

Nach dem Ergebnis des vorherigen Abschnittes stellen die Aufhebungshandlungen der §§ 2254, 2255 und 2258 letztwillige Verfügungen dar. Im Falle des § 2256 handelt es sich dagegen nicht um eine letztwillige Verfügung; jedoch finden die Bestimmungen über letztwillige Verfügungen auf den privatrechtlichen Bestandteil dieses Aufhebungsakts Anwendung. Demnach sind in allen vier Fällen insbesondere die erbrechtlichen Vorschriften über die Testierfähigkeit zu beachten.

Unter Testierfähigkeit versteht man die im § 2229 für das Testamentsrecht zum Teil von den allgemeinen Bestimmungen abweichend geregelte Geschäftsfähigkeit. Der § 2229 stellt gegenüber den allgemeinen Vorschriften eine Sondernorm dar. Soweit seine Bestimmungen daher den allgemeinen Regeln nicht widersprechen, finden diese im Testamentsrecht ergänzend Anwendung.[1] Demnach sind grundsätzlich alle geistig gesunden Menschen über 16 Jahre testierfähig. Also sind testierunfähig:

1. dauernd Geisteskranke und solche Personen, die wegen Geisteskrankheit entmündigt worden sind (§ 104 Abs. 2 und 3);
2. vorübergehend Geistesgestörte im Sinne des § 105 Abs. 2; sog. Geschäftsuntaugliche;
3. Minderjährige bis zum 16. Lebensjahr (§ 2229 Abs. 2);
4. Personen, die wegen Geistesschwäche, Trunksucht und Verschwendungssucht entmündigt worden sind (§ 2229 Abs. 3).[2]

Hinsichtlich der Widerrufsarten der §§ 2254—2257 ist die Errichtungsfähigkeit durch die Vorschrift des § 2253 Abs. 2 ausnahmsweise auf Personen erweitert worden, die wegen Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendungssucht entmündigt worden sind (sog. negative Testierfähigkeit). Die Bestimmung des § 2253 Abs. 2 gilt für alle vom Gesetz als Widerruf bezeichneten Aufhebungsarten, nicht dagegen für die Aufhebung im Sinne des § 2258.[3]

Im Folgenden sollen einige Worte über den Sinn und Zweck der von dem Grundsatz des § 2229 Abs. 3 abweichenden Regelung des § 2253 Abs. 2 gesagt werden.[4] Dabei ist zunächst die Bestimmung des § 2229 Abs. 3 näher zu untersuchen.

Die Regelung des § 2229 Abs. 3 beruht auf der Erwägung, daß Geistesschwache, Verschwender und Trunksüchtige nicht die erforderliche geistige und moralische Gewähr für einen wünschenswerten Gebrauch der Errichtungsfreiheit bieten und daneben in erhöhtem Maße der gesetzwidrigen Beeinflussung durch Dritte ausgesetzt sind.[5] Insbesondere ist zu befürchten, daß sie aus Haß und Rachsucht gegen die in der Regel den nächsten Verwandtenkreisen angehörenden Antragsteller letztwillige Verfügungen treffen, die in unbilliger Weise Anordnungen zu Ungunsten dieser Antragsteller enthalten. Diesen Ge-

[1] Leonhard zu § 2229 II.
[2] Siehe dazu auch § 2230.
[3] Das ergibt sich aus dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes, vgl. S. 31.
[4] Beide Vorschriften wurden erst später auf besonderen Wunsch des Bundesrats zu dem Gesetzesentwurf hinzugefügt.
[5] Vgl. Küntzel in Gruch. Bd. 41 S. 598 ff., Endemann § 35 V, Planck zu § 2229, Grünbaum S. 10.

fahren begegnet das Errichtungsverbot des § 2229 Abs. 3, das damit einen wirksamen Schutz der gesetzlichen Erben vor unberechtigter Benachteiligung gewährt.

Enthält aber eine letztwillige Verfügung lediglich eine negative Anordnung, einen Widerruf, so treten hinsichtlich der Errichtung dieses Testaments durch einen Entmündigten die für das positive Testament geltenden Bedenken zurück. Ein Widerruf hat grundsätzlich zur Folge, daß an die Stelle des aufgehobenen Testaments die gesetzliche Erbfolge tritt. Nur wenn der Erblasser vor der Entmündigung mehrere Testamente errichtet hat, richtet sich die Erbfolge infolge des Widerrufs nach den Anordnungen des vorherigen Testaments. In beiden Fällen aber werden die Nachlaßverhältnisse nicht nach neuen positiven Bestimmungen geregelt, die der Entmündigte während der Dauer seines krankhaften Zustandes aufgestellt hat. Deshalb ist ein Schutz in dem oben für das positive Testament angegebenen Sinne hier nicht erforderlich. Der Gesetzgeber hat infolgedessen im § 2253 Abs. 2 denjenigen Personen, die wegen Geistesschwäche, Trunksucht und Verschwendungssucht entmündigt worden sind, das Recht zur Aufhebung eines früheren Testaments zugesprochen. Für die Berechtigung dieser Bestimmung spricht neben dem bereits angeführten Grund übrigens noch folgende Erwägung: Der Zustand der Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendungssucht besteht in den meisten Fällen nicht erst vom Zeitpunkt der Entmündigung ab, sondern bereits lange vorher. Es ist daher zu befürchten, daß der Erblasser häufig in diesem Zustand das Testament unter dem erbschleicherischen Einfluß dritter Personen errichtet hat. So weist Küntzel[1] mit Recht darauf hin, daß es nicht selten vorkommt, daß in einem derartigen Testament, die „Genossen des leichtfertigen Lebenswandels" des Erblassers zu Ungunsten seiner gesetzlichen Erben in bevorzugtem Maße bedacht werden. Um diesbezügliche Ungerechtigkeiten möglichst zu verhindern, ist die Bestimmung des § 2253 Abs. 2 in das Gesetz aufgenommen worden. Sie bietet dem Entmündigten durch die Verleihung des Widerrufsrechts Gelegenheit, durch die Herbeiführung der gesetzlichen Erbfolge[2] oder einer früheren vernünftigen testamentarischen Regelung[3] die „Torheit seines Lebens und des von ihm errichteten Testaments"[4] wieder gutzumachen. Also ist auch hier durch das Gesetz Vorsorge dafür getroffen, daß eine Benachteiligung der gesetzlichen Erben weitgehendst verhindert werden kann. Allerdings weist Endemann[5] darauf hin, daß der Entmündigte im Einzelfall seine Widerrufs-

[1] Gruch. Bd. 41 S. 598.
[2] Wenn nur ein Testament vorhanden ist: § 2257.
[3] Wenn mehrere sich aufhebende positive Verfügungen vorliegen: § 2258 Abs. 2.
[4] Küntzel Gruchot Bd. 41 S. 583 ff.
[5] Endemann § 35 V e.

befugnis dazu mißbrauchen könne, die gesetzlichen Erben zu benachteiligen, also gerade das herbeizuführen, was durch die Aufnahme der Bestimmung des § 2253 Abs. 2 in das Gesetz vermieden werden soll. Zum Beispiel sei dies der Fall, wenn das widerrufene Testament noch vor dem Eintreten des krankhaften Zustandes zugunsten der natürlichen Erben errichtet worden sei und der Erblasser nun aus Rache gegen die mit den Bedachten identischen Antragsteller den Widerruf erkläre. Diese Gefahr darf jedoch nicht überschätzt werden. Da die Antragsteller in der Regel nahe Verwandte sind, werden sie auch durch die infolge des Widerrufs eintretende gesetzliche Erbfolge in gerechter Weise bei der Verteilung des Nachlasses berücksichtigt. Daß allerdings Mißstände bei der Anwendung des § 2253 Abs. 2 vorkommen können, läßt sich nicht leugnen. So ist es z. B. nicht ausgeschlossen, daß sich der Erblasser durch Androhung des Widerrufs eine Reihe unzulässiger Vorteile verschafft[1]. Außerdem kann eine Unbilligkeit für den Erblasser dadurch entstehen, daß ein in dem Testament Bedachter aus Furcht vor einem späteren Widerruf davon absieht, die für den Erblasser an sich günstige und ihn in seiner Vermögenslage schützende Entmündigung zu beantragen.[2] Diese Nachteile werden aber nur in einzelnen wenigen Fällen eintreten, während im allgemeinen der mit dem Schutz der gesetzlichen Erben erreichte Vorteil überwiegt, so daß man im Endergebnis die Bestimmung des § 2253 Abs. 2 als berechtigt und zweckmäßig ansehen kann.

Eine in der Literatur häufig erörterte Streitfrage besteht darin, ob der Entmündigte lediglich positive letztwillige Verfügungen widerrufen darf, oder auch solche, die eine negative Willensäußerung im Sinne des § 2254 enthalten. Daß der Entmündigte sein vormals in voller Testierfähigkeit errichtetes Testament positiven Inhalts widerrufen kann, entspricht dem Wortlaut und Sinn des § 2253 Abs. 2 und ist daher allgemein anerkannt.[3] Sehr bestritten ist es dagegen, ob er darüber hinausgehend auch wie der voll Testierfähige gemäß § 2257 das Recht hat, eine negative Verfügung aufzuheben. Dabei muß man unterscheiden, zwischen negativen Verfügungen, die *nach* der Entmündigung, und solchen, die *vor* der Entmündigung errichtet worden sind.

Geht man von dem Wortlaut des Gesetzes aus, so ist der *nach* der Entmündigung erfolgte Widerruf für unwiderruflich zu halten, denn im § 2253 Abs. 2 ist nur von der Aufhebung solcher Testamente die Rede, die *vor* der Entmündigung entstanden sind. Für dieses Ergebnis spricht daneben aber auch der Sinn der gesetzlichen Bestim-

[1] Leonhard zu § 2253 II B 4.
[2] Dernburg § 39 Anm. 4.
[3] Hinsichtlich der Frage, ob jedes, auch ein älteres positives Testament vor der Entmündigung widerrufen werden kann, vgl. die Ausführungen zu S. 16, 17 f.

mung. Wie oben dargelegt wurde, soll durch den § 2253 Abs. 2 gegebenenfalls der Weg für die Anwendung der gesetzlichen oder der älteren testamentarischen Erbfolgeregeln freigemacht werden. Dieser Zweck würde durch den Widerruf eines nach der Entmündigung ausgesprochenen Widerrufs nicht erreicht. Denn statt der durch den ersten Widerruf herbeigeführten gerechten Erbfolge würde dann infolge der Wirkung des § 2257 das unmittelbar vor der Entmündigung errichtete positive Testament wieder zur Geltung kommen. Da ein solcher Rückfall in die gerade beseitigte ungünstigere Rechtslage nicht im Sinne des Gesetzes liegen kann, wird von der herrschenden Meinung[1] anerkannt, daß der Widerruf eines *nach* der Entmündigung ausgesprochenen ersten Widerrufs nicht möglich ist. Lediglich Kipp[2] wendet sich dagegen. Zur Begründung seines Standpunktes führt er an, daß ein im Stadium der Entmündigung errichtetes Testament nicht widerstandsfähiger sein könne als ein bei voller Geschäftsfähigkeit errichtetes.[3] Kipp läßt dabei jedoch den Sinn und Zweck der Vorschrift des § 2253 außer Acht. Er verkennt, daß es hier nicht so sehr auf den inneren Gültigkeitswert der zu widerrufenden testamentarischen Erklärung ankommt, als auf die rechtlichen Folgen, die durch eine Aufhebung herbeigeführt werden. Seine Ansicht ist daher abzulehnen.

Im Gegensatz zu der fast einmütigen Behandlung des Widerrufs eines *nach* der Entmündigung erfolgten Widerrufs stehen sich bei der Frage, ob auch ein *vor* der Entmündigung erklärter Widerruf durch eine negative Verfügung eines Entmündigten aufgehoben werden kann, zwei Ansichten streng gegenüber. Eine Reihe namhafter Schriftsteller[4] spricht sich dafür aus, wenn auch mit zum Teil verschiedener Begründung. Man stützt sich einmal auf den Wortlaut des § 2253 Abs. 2. Der Ausdruck „Testament" wird also im Sinne von „jedes Testament" verstanden. Weiter wird darauf hingewiesen, daß der unmittelbar vor der Entmündigung ausgesprochene Widerruf in der Regel mit denselben Mängeln behaftet sei, wie eine zur selben Zeit errichtete positive letztwillige Verfügung. Denn häufig werde ein Widerruf kurz vor der Entmündigung nur erklärt, um sich an den im aufgehobenen Testament bedachten Verwandten, die eine Entmündigung anerstrebt hätten, zu rächen. Es entspreche daher dem Sinn des Gesetzes, wenn

---

[1] Dernburg § 39 III; Planck zu § 2253 Bem. 4; Strohal § 42 II Anm. 3; Leonhard zu § 2253 II B 3; Crome § 655 Anm. 7; Meyer § 49 Anm. 11; Kretzschmar § 21 I Ziff. 3; RGRKomm. zu § 2253, Endemann § 35 V e 2.

[2] Kipp V § 21 IV.

[3] Kipp § 21 Anm. 21.

[4] Planck zu § 2253 Bem. 4; Leonhard zu § 2253 II B 4; Cosack II § 386 I 1 b; Dernburg V § 39 III; Crome § 655 Anm. 7; Loewenwarter zu § 2253; Frommhold § 2253 Anm. 2; Kipp § 21 IV.

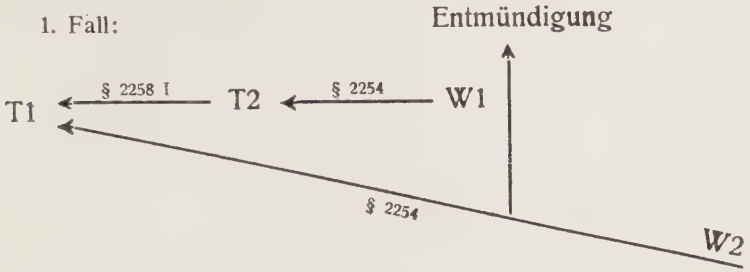
eine spätere Beseitigung dieses Widerrufs zugelassen werde. Daneben soll für diese Ansicht auch noch der Umstand sprechen, daß der Zweck der Bestimmung des § 2253 Abs. 2, der in der Herbeiführung der gesetzlichen oder einer früheren testamentarischen Erbfolge besteht, auch jetzt noch jederzeit verwirklicht werden könne. Es stehe nämlich dem Erblasser das Recht zu,[1] das wieder zur Geltung gebrachte positive Testament durch einen weiteren Widerruf erneut zu beseitigen.

Dieser Begründung lassen sich folgende Gründe entgegenhalten: Wenn ein *vor* der Entmündigung erfolgter Widerruf jetzt widerrufen werden könnte, so würde durch seine Erklärung gemäß § 2257 das durch den ersten Widerruf aufgehobene Testament wieder zur Geltung gelangen. Anstelle der bereits durch den ersten Widerruf herbeigeführten gesetzlichen Erbfolge oder der wegen ihrer zeitlich größeren Entfernung von der Entmündigung für Sachgemäßheit und Vernünftigkeit bürgenden älteren testamentarischen Erbregelung würde damit also eine Verfügung treten, die wegen ihrer zeitlich geringeren Entfernung vom Zeitpunkt der Entmündung eher die Befürchtung rechtfertigte, daß sie Benachteiligungen der gesetzlichen Erben enthielte. Daß dagegen gerade durch den ersten *Widerruf* eine solche Benachteiligung eintritt, wie Vertreter der bekämpften Ansicht meinen, darf man wohl als Ausnahmefall bezeichnen. Demnach würde durch die Zulässigkeit eines Widerrufs des Widerrufstestaments das Gegenteil dessen erreicht werden, was durch die Aufnahme der Bestimmung des § 2253 Abs. 2 bezweckt werden sollte. Ebenso wie man dem Entmündigten die Widerrufsmöglichkeit eines *nach* der Entmündigung erklärten Widerrufs abspricht, weil sonst eine vernünftigere und den natürlichen Erben gerechter werdende Erbfolge durch das bereits aufgehobene und unerwünschte Testament wieder ersetzt werden würde, muß man es folgerichtig auch hier tun. Der Widerruf eines *vor* der Entmündigung erklärten Widerrufs widerspricht also dem Sinn des § 2253 Abs. 2 und ist schon deshalb für unwirksam zu halten. — Im übrigen ist es auch nicht möglich, den Zweck der Bestimmung des § 2253 Abs. 2 durch einen zweiten Widerruf nach der Entmündigung, der sich dann gegen das wieder eingesetzte positive Testament richtet, erneut zu erreichen. Zwar hebt das Gesetz nicht ausdrücklich hervor, daß nur das letzte unmittelbar vor der Entmündigung errichtete Testament widerrufen werden kann. Daraus läßt sich mit Recht die Folgerung ziehen, daß auch eine ältere letztwillige Verfügung vom Entmündigten beseitigt zu werden vermag, jedoch mit der Einschränkung, daß in den betreffenden Fällen der Zweck des § 2253 Abs. 2 gefördert wird

[1] Vergl. den Wortlaut des § 2253 Abs. 2.

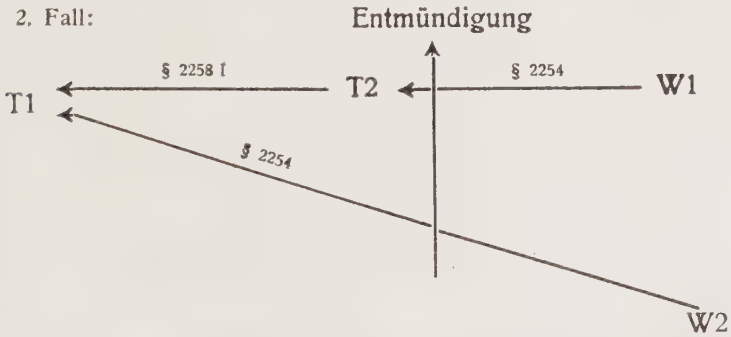
und der Widerruf nicht aus irgend welchen Gründen unstatthaft ist. Dafür zwei Beispiele:

1. Fall:



Der Erblasser errichtet das Testament T 1, hebt dieses später durch das widersprechende Testament T 2 auf (§ 2258 Abs. 1) und widerruft kurz vor der Entmündigung durch ein Widerrufstestament im Sinne von § 2254 T 2. Dann gilt gemäß § 2258 Abs. 2 das Testament T 1. Nach der Entmündigung möchte der Erblasser durch einen Widerruf das Testament T 1 beseitigen, weil es durch seine Bestimmungen die gesetzlichen Erben benachteiligt. Trotzdem T 1 nicht das unmittelbar vor der Entmündigung errichtete Testament ist, kann der Entmündigte es aufheben. Der auf eine Besserstellung der gesetzlichen Erben gerichtete Zweck des § 2253 Abs. 2 ist dadurch gewährleistet, daß durch den Widerruf die gesetzliche Erbfolge eintritt. Dieser Zweck könnte auf keine andere Weise erreicht werden, insbesondere nicht durch die Aufhebung des unmittelbar vor der Entmündigung ausgesprochenen Widerrufs, denn dadurch würde gemäß § 2257 das unerwünschte Testament T 2 wieder zur Geltung kommen.

2. Fall:

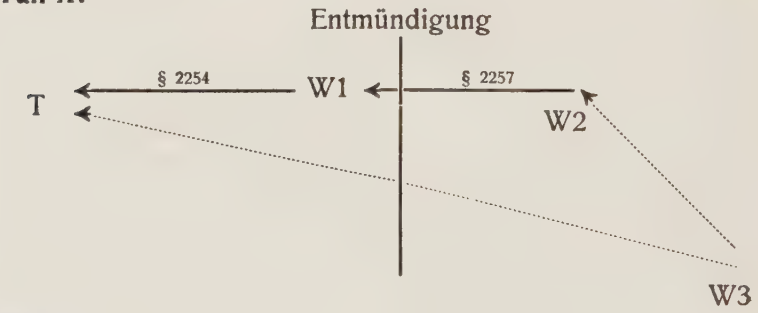


Der Erblasser errichtet das Testament T 1, das er später durch das in Widerspruch dazu stehende Testament T 2 aufhebt (§ 2258 Abs. 1). Kurze Zeit darauf wird er entmündigt. Während der Entmündigung widerruft der Erblasser T 2 (§ 2254) und bringt dadurch

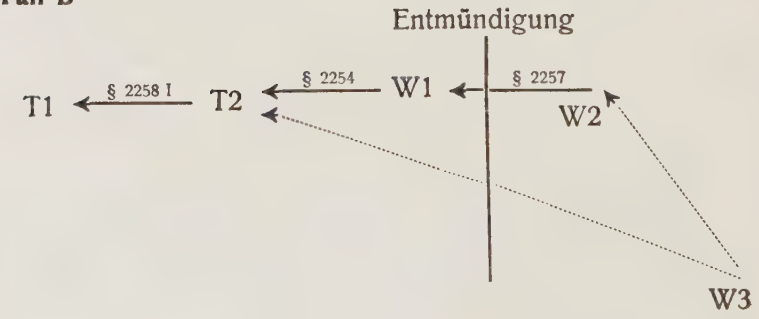
T 1 wieder zur Geltung (§ 2258 Abs. 2). Da es nun möglich ist, daß auch T 1 bereits unter dem Einfluß des krankhaften Zustandes errichtet worden ist und infolgedessen benachteiligende Anordnungen für die gesetzlichen Erben enthält, muß dem reumütigen Erblasser Gelegenheit gegeben werden, auch dieses erste Testament durch einen zweiten Widerruf nach der Entmündigung aufzuheben. Auch hier gewährleistet die infolge dieses Widerrufs zum Zuge kommende gesetzliche Erbfolge in jedem Fall einen Schutz der gesetzlichen Erben. Ein solcher zweiter Widerruf hat auch nicht dieselbe Wirkung wie ein unzulässiger Widerruf des ersten nach der Entmündigung erfolgten Widerrufs, denn durch diesen würde nicht die gesetzliche Erbfolge, sondern das Testament T 2 erneut zur Geltung gebracht werden (§ 2257). Daher kann unserer Ansicht nicht entgegengehalten werden, daß durch die Zulässigkeit des Widerrufs des Testaments T 1 in irgend einer Weise das Gesetz umgangen wird.

Im Gegensatz zu diesen Fällen würde in dem ursprünglich zur Erörterung stehenden Fall die Zulässigkeit des Widerrufs des *älteren* Testaments eine unerlaubte Umgehung des Gesetzes bedeuten. Zum besseren Verständnis der folgenden Begründung mögen die beiden Skizzen dienen.

Fall A:



Fall B



Der Widerruf der durch den ersten Widerruf nach der Entmündigung wieder in Kraft getretenen Testamente T (Fall A) bzw. T 2 (Fall B) würde die gesetzliche Erbfolge (Fall A) oder die Erneuerung des Testaments T 1 (Fall B) zur Folge haben. Diese Rechtswirkungen könnten aber auf dem normalen Wege nur dadurch erreicht werden, daß der *nach* der Entmündigung erklärte Widerruf in beiden Fällen nun seinerseits vom Entmündigten widerrufen werden würde. Ein solcher Widerruf ist aber unzulässig.[1] Dann kann auch der Widerruf der widersprechenden Testamente T bzw. T 2 nicht statthaft sein.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß der Entmündigte eine *vor* der Entmündigung errichtete rein negative Verfügung im Sinne des § 2254 nicht widerrufen kann.[2]

Dieses Ergebnis ist auch mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang zu bringen.[3] Im § 2253 Abs. 2 ist nicht ausdrücklich gesagt worden, daß unter einem „Testament" sowohl ein Testament mit positivem als auch ein solches mit negativem Inhalt zu verstehen ist. Daher braucht dieser Bestimmung auch nicht unbedingt diese Bedeutung beigemessen zu werden. Vielmehr läßt es sich mit dem Wortlaut ebensogut vereinbaren, wenn der Ausdruck „Testament' einengend im Sinne von „Testament mit positivem Inhalt" aufgefaßt wird. Das gilt um so eher, als der Sinn der betreffenden gesetzlichen Bestimmung diese Auslegung allein zuläßt.

Im Gegensatz zu dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments *im Sinne von § 2254* ist die durch den Entmündigten vorgenommene Beseitigung eines vor der Entmündigung errichteten Aufhebungstestaments *im Sinne von § 2258* wirksam, denn hier handelt es sich bei dem aufgehobenen Testament um eine letztwillige Verfügung mit positivem Inhalt. Da durch eine derartige Aufhebung gemäß § 2258 Abs. 2 dieselbe Wirkung eintritt wie bei dem Widerruf eines Widerrufs gemäß § 2257, nämlich die Wiederinkraftsetzung des aufgehobenen älteren Testaments, könnte man es für unrichtig halten, wenn der Widerruf des Aufhebungstestaments im Sinne des § 2258 gestattet wird, der des Widerrufstestaments im Sinne des § 2254 dagegen nicht. Dabei würde jedoch übersehen, daß im ersten Fall das durch den zweiten Widerruf aufgehobene Testament positive Verfügungen enthält, im zweiten Fall dagegen nur negative. Da das später aufgehobene widersprechende Testament unmittelbar vor der

[1] Vergl. S. 14, 15.

[2] Im Ergebnis ebenso: Meyer § 49 Anm. 9; Kretzschmar § 21 I; Strohal § 42 Anm. 3; Hösl S. 12; Ahammer S. 7; eine Ausnahme besteht übrigens, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 2230 Abs. 2 vorliegen.

[3] A. A. Grünbaum S. 15.

Entmündigung errichtet worden ist, besteht hinsichtlich seines Inhalts eine größere Gefahr der Benachteiligung der gesetzlichen Erben, als bei der älteren wieder zur Geltung gebrachten Verfügung. Deshalb ist es für die gesetzlichen Erben in der Regel von Vorteil, daß die *ältere* Verfügung wieder wirksam wird. Die allgemeine Rechtslage kann hier also nicht anders beurteilt werden, wie wenn nur *eine* positive Verfügung vorhanden wäre. Folglich ist der Widerruf des widersprechenden Testaments durch den Entmündigten ohne Bedenken für zulässig zu erachten.

Die *Errichtung* eines *positiven* Testaments durch den Entmündigten ist dagegen gemäß § 2229 Abs. 3 unstatthaft. Aus demselben Grunde sind auch positive Anordnungen, die neben der rein negativen Bestimmung in einem Widerrufstestament eines Entmündigten enthalten sind, nichtig. Die Wirksamkeit des Widerrufs ergibt sich dann aus der Beachtung der im § 2085 aufgestellten Grundsätze; sie ist also im Zweifel anzunehmen.

Ob ein Entmündigter einen Teilwiderruf erklären kann, ist bestritten. Der Wortlaut des § 2253 Abs. 2, der im Gegensatz zum Abs. 1 nur den Widerruf eines Testaments, nicht einzelner in einem Testament enthaltener Verfügungen erwähnt, spricht dagegen. Trotzdem will die überwiegende Anzahl der Schriftsteller[1] auch dem Entmündigten das Recht zubilligen, einen Teil seines früher errichteten Testaments aufzuheben. Mit Peiser[2] spreche ich mich jedoch gegen die Zulässigkeit eines derartigen Teilwiderrufs aus, und zwar einmal, weil der klare Wortlaut dem entgegensteht. Zum andern deshalb, weil entgegen der Ansicht der herrschenden Lehre sich auch der Sinn des § 2253 Abs. 2 nicht mit einer derartigen Möglichkeit vereinbaren läßt. Wird das ganze Testament widerrufen, so tritt an dessen Stelle die gesetzliche Erbfolge oder etwa eine ältere Verfügung. In beiden Fällen aber ist das Interesse der gesetzlichen Erben gewahrt, denn auch betreffs der älteren Verfügung besteht die Wahrscheinlichkeit, daß sie günstigere Bestimmungen für die natürlichen Erben enthält, als die unmittelbar vor der Entmündigung errichtete. Wird aber nur ein Teil der letztwilligen Verfügung widerrufen, so ist es zwar möglich, daß der Entmündigte gerade die Bestimmung ausmerzt, die die gesetzlichen Erben benachteiligt. Mindestens ebensogut möglich, wenn nicht wahrscheinlicher ist es aber, daß er aus Rache gegen den Antragsteller diesen ganz allein von der Erbfolge ausschließt. Um einen derartigen Fall zu vermeiden, darf man dem Entmündigten das Recht eines Teilwiderrufs nicht zubilligen.

[1] Strohal § 42 II; Planck zu § 2253 Bem. 4; Dernburg § 39 III; Cosack § 386 S. 742 Beisp. 1.
[2] Peiser § 8 III 1

Die Entmündigung wird durch gerichtlichen Beschluß, und wenn dagegen die Anfechtungsklage erhoben ist, durch Urteil ausgesprochen. Nun ist es möglich, daß ein wegen Geistesschwäche Entmündigter in Wirklichkeit geisteskrank ist. Für einen solchen Fall hat das Reichsgericht[1] entschieden, daß die „beschränkte konstitutive Bedeutung des wegen Geistesschwäche ergehenden Entmündigungsurteils" nicht die Feststellung des Richters ausschließt, daß der Entmündigte in Wahrheit völlig geistesgestört und infolgedessen nach § 104 Abs. 2 geschäftsunfähig ist. Wegen der stärker wirkenden Vorschrift des § 104 Abs. 2 i. Verb. mit § 105 Abs. 1 steht dann dem Entmündigten ein Widerrufsrecht nicht zu.[2]

[1] RG in JW 1907 S. 737.
[2] RG in Recht 1912 Nr. 2959.

B. Die einzelnen Aufhebungsakte

I. Aufhebung durch Testament

1. Allgemeines.

Der Bedeutung und dem formalen Charakter erbrechtlicher Geschäfte entsprechend, ist zur Aufhebung eines Testaments nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich die Errichtung eines neuen Testaments erforderlich. Im Gegensatz zum römischen Recht aber, nach dem nur ein später errichtetes *positives* Testament, jedoch schon allein durch seine Existenz das frühere außer Kraft setzte,[1] tritt nach heutigem Recht eine Aufhebung nur ein, wenn der Inhalt des neuen Testaments entweder einen Widerruf darstellt, oder wenn das jüngere Testament zu dem älteren sachlich in Widerspruch steht. Mit dieser Regelung, die gegenüber dem römischen Recht sowohl eine Erweiterung als auch eine Einschränkung enthält, folgt das BGB. dem Code civil[2] und dem Sächsischen GB.[3]

Die beiden erwähnten Möglichkeiten, „Aufhebung durch widerrufendes" und „Aufhebung durch widersprechendes Testament", sind scharf voneinander zu unterscheiden. Im zweiten Abschnitt ist bereits darauf hingewiesen worden, daß in der Aufhebungsart des § 2258 nicht eine Sonder- oder Unterart des testamentarischen Widerrufs zu erblicken ist, sondern daß beide Arten selbständig nebeneinander stehen. Gemeinsam ist ihnen wohl Form und Wirkung, inhaltlich sind sie dagegen voneinander verschieden. Das Widerrufstestament im Sinne des § 2254 enthält grundsätzlich lediglich eine negative Willensäußerung, aus der auf den Aufhebungswillen geschlossen werden kann. Darüber hinausgehende positive Bestimmungen sind zur Gültigkeit des Testieraktes nicht erforderlich. Es ist daher schief ausgedrückt, wenn Planck (zu § 2254 Bem. 3) und Frommhold (zu § 2254 Bem. 3) u. a. sagen, daß der Inhalt des Testaments im Sinne des § 2254 auch ***allein*** im Widerruf bestehen könne. Umgekehrt muß vielmehr hervorgehoben werden, daß neben

[1] Windscheid, III § 565.
[2] Art. 1036.
[3] § 2216.

dem Kernpunkt des Widerrufstestaments, der negativen Willensäußerung, auch noch positive Bestimmungen im Testament enthalten sein können.

Beispiel für ein widerrufendes Testament:

Bremen, den 12. April 1933. Hiermit widerrufe ich mein Testament vom 12. 6. 1932. Iohann Menke.

Im Gegensatz zu dem Widerrufstestament besteht der Inhalt des Aufhebungstestaments aus neuen positiven Bestimmungen über den Nachlaß, deren Besonderheit es ist, daß sie im Widerspruch zu den Anordnungen einer früheren letztwilligen Verfügung stehen. Ein Aufhebungswille braucht hier nicht vorhanden zu sein.

Beispiel:

Altes Testament: Hannover, den 12. 6. 1932. Hierdurch setze ich meinen Sohn Heinrich zum Alleinerben ein. Hermann Schleier.

Neues Testament: Hannover, den 6. 3. 1933. Hierdurch setze ich meine Tochter Adelheid zur Alleinerbin ein. Hermann Schleier.

Die Feststellung, ob im Einzelfall ein widerrufendes oder ein widersprechendes Testament vorliegt, ist nicht immer ganz leicht zu treffen. Insbesondere werden der stillschweigende Widerruf im Sinne des § 2254[1] und die Aufhebung durch widersprechendes Testament häufig nicht scharf genug auseinandergehalten und daher miteinander verwechselt. Das gilt vor allem dann, wenn das Widerrufstestament gleichzeitig neue positive Anordnungen enthält. Eine scharfe Trennung und Unterscheidung der beiden erwähnten Testamentsarten ist aber auf jeden Fall erforderlich, und zwar nicht nur aus theoretischen, sondern vor allem aus praktischen Gründen. Nach § 2253 Abs. 2 ist z. B. das *widerrufende* Testament eines wegen Geisteskrankheit, Verschwendungssucht oder Trunksucht Entmündigten wirksam, das *widersprechende* Testament dagegen nicht. Fällt bei einem Testament im Sinne des § 2254, das außer dem Widerruf eine positive Erbeseinsetzung enthält, die Erbeseinsetzung durch den Tod des Bedachten oder durch den Eintritt einer Bedingung fort, so bleibt der einmal erklärte Widerruf unter Umständen bestehen (§ 2085).[2] Enthält dagegen das zweite Testament weder ausdrücklich, noch stillschweigend einen Widerruf, sondern lediglich eine den Bestimmungen eines vorherigen Testaments sachlich widersprechende neue Erbeseinsetzung, so bleibt das erste Testament gültig, wenn die im zweiten Testament enthaltene Erbeseinsetzung durch den Tod des Bedachten oder den Eintritt einer Bedingung fortfällt.[3] Denn in diesem zweiten Fall

[1] Beispiele für einen stillschweigenden Widerruf S. 27 u. 28.
[2] Leonhard zu § 2254 II C.
[3] Leonhard zu § 2258 II.

würde die Aufhebung des ersten Testaments nicht erfolgen, weil der Erblasser den Willen besessen und auch geäußert hat, das erste Testament zu beseitigen, sondern lediglich deshalb, weil die Bestimmungen des ersten Testaments mit denen der späteren letztwilligen Verfügung sachlich nicht vereinbar sind. Fällt diese sachliche Unvereinbarkeit fort, so steht der Anwendbarkeit des ersten Testaments nichts mehr entgegen. — Eine scharfe Trennung der beiden Aufhebungsarten ist daher erforderlich und im folgenden zu beachten.

2. *Die Aufhebung durch widerrufendes Testament.*

Die Vorschrift des § 2254 lautet: „Der Widerruf erfolgt durch Testament". Wenn der Gesetzgeber diesen Satz an die Spitze der Bestimmungen stellte, die sich mit der Form der durch den Erblasser einseitig herbeigeführten Aufhebung eines Testaments beschäftigen, so will er damit anscheinend zum Ausdruck bringen, daß diese Aufhebungsart als Regelfall anzusehen ist.[1] In der Praxis hat hat es sich jedoch herausgestellt, daß eine Aufhebung im Sinne von § 2255 wegen ihrer Formlosigkeit und der damit für den Widerrufenden verbundenen Bequemlichkeit häufiger ist. Immerhin ist jedoch auch der testamentarische Widerruf nicht selten, vor allem in Verbindung mit neuen positiven Bestimmungen.

Die aufhebende Wirkung des Widerrufstestaments setzt vor allem seine Gültigkeit voraus. Es ist daher erforderlich, daß der Erblasser zur Zeit der Errichtung des Testaments testierfähig gewesen ist, wobei zu berücksichtigen ist, daß die negative Testierfähigkeit im Sinne des § 2253 Abs. 2 den gesetzlichen Anforderungen genügt. Außerdem müssen die für das Testament vorgeschriebenen Formen gewahrt sein. Da § 2254 ganz allgemein bestimmt, daß der Widerruf durch Testament erfolgt, ist dieser grundsätzlich in jeder gesetzlichen Testamentsart zulässig. Ein Widerruf kann also sowohl durch ein gerichtliches oder notarielles, als auch durch ein privatschriftliches Testament erklärt werden. Außerdem stehen für ihn die außerordentlichen Formen der §§ 2249/51 zur Verfügung. Hinsichtlich eines solchen Testaments ist dann allerdings zu beachten, daß es gemäß der Vorschrift des § 2252 als nicht errichtet gilt, wenn der Erblasser noch drei Monate nach der Aufzeichnung am Leben ist. Damit ist dann auch der Widerruf hinfällig geworden.

Außer den Testamentsformen des Bürgerlichen Gesetzbuches sind die Militärtestamente[2] dazu geeignet, einen Widerruf zum Inhalt zu

[1] Das geht auch aus dem Wörtchen „auch" in § 2255 hervor.
[2] Gesetz vom 24. 4. 1934.

haben. Zwar erwähnt das Gesetz vom 24. 4. 1934, das die Möglichkeit der Errichtung derartiger Testamente zuläßt, nichts davon, daß diese auch eine rein negative Erklärung enthalten können. Hier greifen jedoch die Vorschriften des BGB. ergänzend ein.

Soweit gewisse Personen davon ausgeschlossen sind, bestimmte Formen zur Errichtung eines Testaments zu benutzen, ist ihnen auch das Recht genommen, einen Widerruf in dieser Testamentsart zu erklären. So kann z. B. ein Minderjähriger über 16 Jahre und jemand, der Geschriebenes nicht zu lesen vermag, nicht einen Widerruf in einem privatschriftlichen Testament aussprechen (§ 2247, vgl. auch § 2238 II). Zwar sucht Hösl[1] die gegenteilige Ansicht damit zu begründen, daß die „beschränkt testamentsfähigen Personen in ihrem Widerrufsrecht nicht ungünstiger gestellt sein dürften, als die testamentsunfähigen" (vgl. § 2229 III, § 2253 II). Aber er verkennt dabei, daß die Vorschrift des § 2253 Abs. 2 es lediglich darauf abstellt, die gesetzlichen Erben zu schützen, während die Bestimmung des § 2247 die beschränkt testamentsfähigen Personen selbst vor Nachteilen bewahren will. Ein solcher Schutz wäre aber unvollkommen, wenn er sich nicht auch auf die negative Verfügung bezöge. Daher ist der Widerruf des beschränkt Testierfähigen nur in den Formen geboten, die § 2247 zuläßt.

Aus dem gesetzlichen Erfordernis der Testamentsform für den Widerruf im Sinne des § 2254 beantwortet sich die häufig in Literatur[2] und Rechtsprechung[3] aufgeworfene Streitfrage, ob ein Widerruf durch einen Brief erklärt werden kann, dahin, daß dieses nur möglich ist, wenn der Brief ein gültiges Testament darstellt. Es kommt also darauf an, daß er einmal die äußere Form des Testaments aufweist, daneben aber auch vom Absender mit dem Willen geschrieben worden ist, eine rechtsverbindliche Erklärung des letzten Willens abzugeben. Daß der Brief darüber hinaus ausdrücklich als Testament, letztwillige Verfügung oder in ähnlicher Weise bezeichnet wird, ist nicht erforderlich.

Ebenfalls vom Gesichtspunkt des Erfordernisses der Testamentsform aus ist die Frage zu beantworten, ob ein „Zusatz" einen Widerruf im Sinne des § 2254 darstellen kann. Unter einem „Zusatz" ist eine Wort- oder Satzeinschaltung zu verstehen, die zwischen oder neben den Text einer letzwilligen Verfügung in die Testamentsurkunde eingefügt worden ist. Ein solcher Zusatz kann sowohl einen

[1] Hösl S. 11.
[2] Soergel zu § 2254, Hösl S. 16.
[3] JW 1910 S. 22; Recht 1927 Nr. 47.

negativen,[1] als auch einen positiven[2] Inhalt haben. Liegt ein negativer oder widerrufender Zusatz vor, d. h. ein Zusatz, der zum Ausdruck bringt, daß eine der im Testament enthaltenen Bestimmungen nicht oder nur teilweise Gültigkeit haben soll, so ist es für die Frage nach seiner Wirkung von Bedeutung, festzustellen, ob der Zusatz bereits während des Entstehens des Testaments zum Text hinzugefügt worden ist, oder ob der Erblasser ihn erst nach dessen Vollendung eingeschaltet hat. Im ersten Fall liegt ein einziges in allen Teilen gültiges Testament vor, dessen Textauslegung ergibt, daß die in Frage kommende Anordnung nicht mehr gelten soll. Im zweiten Fall handelt es sich u. U. um einen Widerruf im Sinne des § 2254, nämlich dann, wenn bei seiner Einfügung die Formen eines Testaments gewahrt worden sind, d. h. also, wenn der Zusatz mit neuer Ortsangabe, Datierung und Unterschrift versehen ist.[3] Liegen dagegen diese Voraussetzungen nicht vor, so tritt eine aufhebende Wirkung gemäß *§ 2254* nicht ein, wohl aber u. U. gemäß *§ 2255*.[4] Daher ist bei einem widerrufenden Zusatz die Frage nach dem Zeitpunkt, in dem er eingefügt worden ist, praktisch nur von geringer Bedeutung. Nähere Ausführungen über dieses Problem sollen deshalb erst bei der Behandlung der „positiven Zusätze" gemacht werden.[5]

Die Form des Widerrufstestaments braucht nicht mit derjenigen des aufhebenden positiven Testaments übereinzustimmen. Es ist daher möglich, daß ein öffentliches durch ein privates, ein ordentliches durch ein außerordentliches Testament widerrufen wird.[6] Alle Testamentsarten stehen in dieser Hinsicht gleichberechtigt nebeneinander. Daraus können sich allerdings Mißstände ergeben, auf die Endemann hinweist.[7] So ist es z. B. möglich, daß das aufhebende eigenhändige Testament erst lange nach dem Erbfall und der Verteilung des Nachlasses entdeckt wird. Die Folge davon ist, daß alle durch das „aufgehobene" Testament — auch sogar wenn es ein öffentliches war — angeordneten und inzwischen verwirklichten Maßnahmen rückgängig gemacht werden müssen, wobei Härten und Ungerechtigkeiten nicht zu

---

[1] Bsp.: In einem Testament sind u. a. folgende Vermächtnisse ausgesetzt worden: „Mein Neffe Fritz Meyer soll 3000 M. erhalten, mein Bruder Karl 4000 M." Später ist am Rande der Zusatz hinzugefügt worden: „Mein Bruder Karl soll ebenfalls nur 3000 M. erhalten."

[2] Bsp.: Ein Testament enthält ursprünglich nur folgende Bestimmungen: „Meine Kinder Johann und Irmgard sollen mein gesamtes Vermögen erben." Später wird hinzugefügt: „Ich vermache der katholischen Kirche 1000 M."

[3] Darüber, daß u. U. für den Zusatz die alte Orts- bezw. Zeitangabe oder die alte Unterschrift genügt, vgl. S. 33 ff.

[4] Vgl. S. 44 ff.

[5] Vgl. S. 32 ff.

[6] Planck zu § 2254 Bem. 1; Endemann § 68 II; Kretzschmar § 21 II 1 a; Zimmer Arch. bürg. R. 24 S. 23.

[7] Endemann a. a. O.

vermeiden sind. Gegen diese Gefahr kann und mag der Erblasser seine Erben jedoch dadurch schützen, daß er das privatschriftliche Testament in amtliche Verwahrung gibt.

Bezüglich des Inhalts eines Widerrufstestaments ist bereits erwähnt worden, daß grundsätzlich nur eine negative Bestimmung vorhanden zu sein braucht. Dabei ist zu beachten, daß der Widerruf, wie alle anderen Willensäußerungen, ausdrücklich und stillschweigend erklärt werden kann. Wann liegt nun ein ausdrücklicher und wann ein stillschweigender Widerruf vor? Über die rechtliche Bedeutung der Begriffe „ausdrückliche und stillschweigende Willensäußerung" sind eine ganze Reihe von Theorien aufgestellt worden.[1] Von einer Erörterung der einzelnen Ansichten soll jedoch an dieser Stelle Abstand genommen werden, weil sie aus dem Rahmen der vorliegenden Arbeit herausfallen würde. Im folgenden wird unter einer ausdrücklichen Willenserklärung eine Willenserklärung verstanden, die durch ein Mittel erfolgt, „das nach Sitte, Gewohnheit und Recht dazu bestimmt ist, den inneren Willen zum Ausdruck zu bringen".[2] Demgegenüber liegt eine stillschweigende Willenserklärung vor, wenn der Wille „durch andere Erklärungsmittel, die aber einen sicheren Schluß auf ihn gewähren, an den Tag gelegt wird".[2]

Der Widerruf im Sinne des § 2254 erfolgt durch ein Testament, also durch schriftlich niedergelegte Worte. Demnach ist ein ausdrücklicher Widerruf im Sinne des § 2254 immer dann gegeben, wenn der im Testament zum Ausdruck gebrachte Widerrufswille „in die nach dem Sprachgesetz zu seiner Bezeichnung bestimmten Worte eingekleidet ist"[3] Diesem Zwecke dienen u. a. die Ausdrücke „aufheben, widerrufen, beseitigen, ungültig machen" usw. Ein stillschweigender testamentarischer Widerruf liegt dagegen vor, wenn der Widerrufswille „in anderer Form als in den nach dem Sprachgebrauch für ihn bestimmten Worten geäußert ist".[4] Dafür folgende Beispiele:

1. Ein Erblasser hat in einem Testament mehrere Vermächtnisse ausgesetzt. U. a. hat er dem Armenhaus der Stadt X. 2000 RM. vermacht. Später schreibt der Erblasser in Testamentsform neben diese Anordnung: „Das Armenhaus hat das Geld bereits erhalten."

2. Ein Dritter zerstört, ohne dazu vom Erblasser beauftragt worden zu sein, ein von diesem errichtetes Testament. Damit ist das Testament noch nicht ungültig geworden.[1] Der Erb-

[1] Siehe Köhler: „Die sog. stillschweigende Willenserklärung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches." Diss. Jena 1903.
[2] Köhler S. 18.
[3] Leonhard Irrtum S. 197 ff.
[4] Leonhard Irrtum S. 204.
[5] Vgl. S. 50.

lasser schreibt nun an den Dritten einen Brief, der den Formen eines eigenhändigen Testaments entspricht. In diesem Brief teilt er mit, daß er mit der Zerstörung einverstanden sei, diese also nachträglich genehmige. Hier liegt kein Widerruf im Sinne des § 2255 vor,[1] wohl aber ein (stillschweigender) Widerruf im Sinne des § 2254.

3. Ein Erblasser hat in einem Testament u. a. seinem Freund A. 1000 RM. vermacht. In einem später errichteten Testament vermacht er dem A. dieselbe Summe. Es fragt sich nun, ob A. den Betrag von 1000 RM. ein- oder zweimal verlangen kann. Eine Aufhebung gemäß § 2258 liegt wegen fehlenden sachlichen Widerspruchs der beiden Testamente nicht vor. Wohl aber ist u. U. — das hängt von der Lage des Einzelfalls ab — ein stillschweigender Widerruf im Sinne des § 2254 anzunehmen.[2]

4. Ein schwerkranker Erblasser schreibt an eine Verwahrungsstelle folgenden Brief: „Bringen Sie mir bitte mein dort hinterlegtes Testament zu meiner Wohnung. Ich habe in diesem Testament meine einzigen in Deutschland lebenden Verwandten, meine Neffen Karl und Fritz zugunsten meines Freundes B. enterbt. Während meiner Krankheit habe ich nun jedoch erfahren, daß nicht B., sondern meine Neffen die einzigen wirklichen Freunde sind, die ich habe." Der Brief weist die Formen eines Testaments auf. Bevor die Herausgabe erfolgen kann, stirbt der Erblasser. Auch hier liegt ein stillschweigender Widerruf im Sinne des § 2254 vor,[3] falls anzunehmen ist, daß der Erblasser bei der Niederschrift des Briefes die Absicht gehabt hat, ein Testament zu errichten.

Der stillschweigende Widerruf, insbesondere soweit er mit positiven Anordnungen verbunden ist, darf übrigens nicht mit der Aufhebungsart des § 2258 verwechselt, geschweige denn ihr gleichgestellt werden. In dem einen Fall handelt es sich um eine stillschweigende *negative* Willensäußerung, um eine bewußte und gewollte Zurücknahme einer früheren Erklärung. Im anderen Falle liegt dagegen eine *positive* Willenserklärung vor, die weder in ausdrücklicher, noch in stillschweigender Form neben der Äußerung eines positiven Willens die Kundgabe eines negativen Willens enthält.

Enthält das Testament außer der negativen Bestimmung positive Anordnungen, so sind diese gültig,[4] vorausgesetzt, daß der Erblasser

[1] Vgl. S. 50.
[2] Wie hier Grünbaum S. 91, a. A. Recht 1913 Nr. 1154, Recht 1906 Nr. 3079.
[3] Weitere Beispiele bei Grünbaum S. 91 ff.
[4] Eichhorn S. 99 II 1 b.

zur Zeit der Errichtung volle Testierfähigkeit besaß.[1] Die aufhebende Wirkung hängt dann jedoch allein von dem Vorhandensein der negativen Bestimmung ab. Die positiven Verfügungen sind in dieser Hinsicht ohne jede Bedeutung. Sie stehen zwar mit dem Widerruf zusammen in demselben Testament, sind aber nach Inhalt und Wesen andersartig und infolgedessen begrifflich vom Widerruf zu scheiden.

Der Widerruf bezieht sich in der Regel auf das aufzuhebende Testament als Ganzes. Gemäß § 2253 I kann er sich jedoch auch auf einen Teil beschränken. Ein derartiger wirksamer Teilwiderruf ist sowohl dann anzunehmen, wenn er sich auf eine der einzelnen im älteren Testament enthaltenen Verfügungen in ihrer Gesamtheit erstreckt, als auch in dem Falle, in dem lediglich die Aufhebung eines Teiles einer solchen Verfügung bezweckt wird.[2] Im Einzelfall kann die Entscheidung darüber, ob das gesamte oder nur ein Teil des älteren Testaments aufgehoben werden soll, Schwierigkeiten bereiten. Bei der dann erforderlichen Auslegung der testamentarischen Widerrufserklärung ist in weitgehendster Hinsicht der Wille des Erblassers zu berücksichtigen. So hat z. B. das Reichsgericht einen Teilwiderruf als dem Willen des Erblassers entsprechend in einem Fall angenommen, in dem der Erblasser in einem nur teilweise gültigen Testament den Widerruf wirksam erklärt hatte, darüber hinaus aber in dem ungültigen Teile Bestimmungen getroffen hatte, die eine Wiederholung einer Reihe der im aufgehobenen Testament verfügten Anordnungen enthielten.

Der Widerruf im Sinne des § 2254 kann, wie jede letztwillige Verfügung, von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Die ältere Verfügung gilt dann mit dem Eintritt des ungewissen zukünftigen Ereignisses als aufgehoben. Der bedingte Widerruf seinerseits stellt für das ältere Testament ebenfalls eine Bedingung dar, und zwar eine auflösende.[4] Daraus folgt, daß einer Aufteilung des Nachlasses gemäß den Bestimmungen des positiven Testaments nichts entgegensteht, wenn das betreffende Ereignis nicht bis zum Zeitpunkt des Erbfalls eingetreten ist. § 2074 findet hier keine Anwendung. Tritt die Bedingung nach dem Erbfall ein, so gilt der einstweilig Bedachte als Vorerbe. Er ist demnach verpflichtet, die Erbschaft herauszugeben.

Einen dem bedingten Widerruf in seinen Wirkungen sehr ähnlichen Fall enthält die sog. privatorische Klausel. Darunter versteht man die in ein Testament mit aufgenommene Erklärung, daß die Zuwendung

[1] Vgl. S. 20.

[2] Cosack II § 358 II 2; RGRKomm. zu § 2253 Bem. 1; Hösl S. 9. Bsp.: Der Erblasser setzt die Höhe einer Zuwendung herab.

[3] In Recht 1921 Nr. 585.

[4] Dernburg § 40 IV; Planck zu § 2253 Bem. 3; Meyer § 49 Anm. 8; Kretzschmar § 21 II 1 d; Leonhard zu § 2254 IV; Crome § 655 III.

als zurückgenommen gelten soll, wenn der Bedachte dem Willen des Erblassers zuwider handelt oder das Testament anficht. Eine derartige Klausel ist grundsätzlich zulässig. Allerdings ist zu beachten, daß nicht jede Anfechtung eine Aufhebung bewirkt, so z. B. nicht diejenige, durch die der Bedachte lediglich die Richtigkeit des letzten Willens bezweifelt, indem er sich etwa auf eine angebliche Fälschung oder auf Mängel in der Form beruft. Einige typische Fälle dagegen in denen die Aufhebung als Folge der Nichtbeachtung der clausula privatoria eintritt, sind „in der Anfechtung wegen Irrtums, in der Geltendmachung von Pflichtteilsrechten und von entgegenstehenden Erbverträgen sowie im Zuwiderhandeln des Erben gegen ein ihm auferlegtes Verbot zu erblicken".[2]

In subjektiver Hinsicht setzt der testamentarische Widerruf den Aufhebungswillen des Erblassers voraus. Der Erblasser muß sich also dessen bewußt gewesen sein und gewollt haben, daß das ältere Testament durch die negative Verfügung außer Kraft gesetzt wird. Willensmängel beeinflussen nur in wenigen Fällen die Wirksamkeit des Widerrufs. So macht die Erklärung im Sinne des § 118 BGB. die negative letztwillige Verfügung zu einer ursprünglich unwirksamen. Ein Vorbehalt im Sinne des § 116 I oder eine Scheinerklärung (§ 117) dagegen beeinträchtigen die Kraft des Widerrufs nicht. Beide Vorschriften setzen voraus, daß ein Erklärungsempfänger vorhanden ist; sie finden also auf das Testament keine Anwendung. Nachträglich tritt eine Nichtigkeit infolge von Willensmängeln nur ein, wenn das Testament mit Erfolg wegen Irrtums im Beweggrunde oder wegen Drohung angefochten ist (§ 2078 II). Ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung wird praktisch kaum vorkommen mit Ausnahme des Falls, daß der Erblasser sich verschreibt. In diesem letzten Fall führt eine Anfechtung ebenfalls die Unwirksamkeit des testamentarischen Widerrufs herbei.

3. Die Aufhebung durch widersprechendes Testament.

Die zweite testamentarische Aufhebungsmöglichkeit gewährt § 2258. Die Vorschrift des § 2258 hat folgenden Wortlaut:

> „Durch die Errichtung eines Testaments wird ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere mit dem früheren Testament in Widerspruch steht.
>
> Wird das spätere Testament widerrufen, so ist das frühere Testament in gleicher Weise wirksam, wie wenn es nicht aufgehoben worden wäre.'

[2] Dernburg § 40 Anm. 9.

Wie bereits verschiedentlich hervorgehoben worden ist, stellt das „widersprechende Testament" des § 2258 nicht eine besondere Erscheinungsform des testamentarischen Widerrufs dar, sondern eine Aufhebungshandlung, die gleichberechtigt und in gewissem Sinne ergänzend neben der Aufhebungsart des § 2254 steht. Vom widerrufenden Testament unterscheidet sich das Aufhebungstestament des § 2258 durch seinen Inhalt. Während im Falle des § 2254 der geäußerte Wille des Erblassers für die Herbeiführung der Aufhebung des früheren Testaments maßgebend ist, hängt diese Wirkung im Falle des § 2258 lediglich von der sachlichen Unvereinbarkeit der beiden Verfügungen ab. Ein Widerrufswille tritt in einem widersprechenden Testament nicht zutage; andernfalls handelt es sich um einen stillschweigenden Widerruf im Sinne des § 2254.

Die aufhebende Wirkung des widersprechenden Testaments setzt ebenso wie die eines widerrufenden Testaments vor allem die Gültigkeit der zweiten testamentarischen Erklärung voraus. Daher muß der Erblasser zur Zeit der Errichtung der zweiten letztwilligen Verfügung testierfähig gewesen sein. Im Gegensatz zum widerrufenden Testament genügt beim widersprechenden Testament jedoch nicht die Testierfähigkeit des § 2253 Abs. 2. Denn auf das widersprechende Testament trifft der rechtliche Grund, der den Gesetzgeber im Falle eines negativen Widerrufs veranlaßte, die Testierfähigkeit auf den wegen Trunksucht, Verschwendungssucht und Geistesschwäche Entmündigten zu erweitern, nicht zu. Wie oben bereits näher dargelegt wurde, soll ein Entmündigter lediglich berechtigt sein, ein früheres Testament *aufzuheben,* weil dadurch im allgemeinen eine Besserstellung der gesetzlichen Erben erreicht wird. Bei einem Testament im Sinne von § 2258 ist aber die aufhebende Wirkung immer mit einer positiven Wirkung untrennbar verbunden. Daher würde die Anwendung des § 2253 Abs. 2 auf das widersprechende Testament das mit der betreffenden Vorschrift erstrebte Ziel nicht verwirklichen. Ein Aufhebungstestament ist deshalb nur gültig, wenn es von einer voll testierfähigen Person (§ 2229) errichtet worden ist.

Als Form des widersprechenden Testaments kann ebenso wie beim widerrufenden Testament jede gesetzliche Testamentsart gewählt werden. Dabei ist es auch hier unbeachtlich, ob das zweite Testament die gleiche oder eine andere Form wie das erste aufweist. Immer ist es aber erforderlich, daß ein zweites wirkliches *Testament* vorliegt. Daraus folgt, daß z. B. einem später in ein Testament eingeschalteten „positiven widersprechenden Zusatz"[1] eine aufhebende Wirkung im Sinne des § 2258 nur zukommt, wenn der Zusatz in die Formen eines Testaments gekleidet ist. Derartige positive *widersprechende* Zusätze

[1] Über den Begriff des Zusatzes vgl. die Ausführungen S. 25, 26.

sind übrigens zunächst einmal von denjenigen positiven Zusätzen zu unterscheiden, die lediglich eine Erläuterung einer im Text getroffenen Anordnung enthalten. Als Beispiel für einen erläuternden Zusatz möge folgendes dienen: In einem Testament ist neben der Erbeinsetzung die Bestimmung enthalten, daß für die Personen A und B ein Vermächtnis in Höhe von je 3000 RM. ausgesetzt ist. Als Zusatz zu dieser Bestimmung ist später hinzugefügt: „Diese Summen sollen aus dem schon zu meinen Lebzeiten geplanten Verkauf des Grundstücks in der Gartenstraße genommen werden."

Erläuternde Zusätze dienen zur Auslegung des Willens des Erblassers; sie stellen also gleichsam Ausführungsbestimmungen zu einer der testamentarischen Verfügungen dar. In sachlicher Hinsicht wird durch ihre Aufnahme in ein Testament keine Änderung herbeigeführt. Infolgedessen sind erläuternde Zusätze auch immer gültig; selbst dann, wenn sie später in ein Testament eingefügt worden sind und keine Testamentsform aufweisen.

Enthält dagegen ein Zusatz eine positive Verfügung, die bisher im Text nicht vorhanden war und die zu einer der ursprünglichen testamentarischen Bestimmungen in *Widerspruch* steht, so ist es von Bedeutung, festzustellen, *wann* dieser Zusatz in das Testament eingefügt worden ist. Denn positive Zusätze können im Gegensatz zu negativen Zusätzen[1] niemals Aufhebungshandlungen im Sinne des § 2255 darstellen. Daraus folgt, daß *später* eingefügte positive widersprechende Zusätze grundsätzlich nur rechtliche Wirksamkeit haben, wenn sie in den im § 2231 vorgeschriebenen Formen in ein Testament eingefügt worden sind. Weisen sie diese Formen nicht auf, so sind sie völlig bedeutungslos und daher nicht zu beachten.

Ist dagegen ein positiver widersprechender Zusatz *vor* der Vollendung eines Testaments in dieses aufgenommen worden, so ist er in rechtlicher Hinsicht immer von Bedeutung. An einem Entwurf können beliebig Veränderungen vorgenommen werden. Es ist dann im Wege der Testamentsauslegung zu prüfen, welche der verschiedenen Bestimmungen des Testaments zur Durchführung gelangen soll.

Die bei dem positiven widersprechenden Zusatz erforderliche Untersuchung, ob der Zusatz während der Errichtung des Testaments oder erst nach seiner Vollendung entstanden ist, bietet nun in den meisten Fällen gewisse Schwierigkeiten. Denn die einzige Person, die in der Regel Auskunft darüber erteilen könnte, der Erblasser, zählt nicht mehr zu den Lebenden. Diese Schwierigkeiten lassen sich jedoch aus dem Wege räumen. Das Gesetz schreibt nicht vor, daß Testamente ohne jede Korrekturen und insbesondere ohne Zusätze niedergeschrieben sein müssen. Daraus läßt sich die Schlußfolgerung ziehen,

[1] Vergl. S. 26.

daß alle Zusätze in Ermangelung eines Gegenbeweises grundsätzlich als vor der Vollendung des Testaments entstanden und damit als rechtsgültig anzusehen sind. Nur wenn aus der testamentarischen Urkunde selbst[1] oder aus sonstigen Umständen[2] hervorgeht, daß ein Zusatz später eingefügt worden ist, ist dieser an die Testamentsform gebunden.

Später eingeschaltete positive widersprechende Zusätze müssen also grundsätzlich mit Orts- und Zeitangabe sowie mit der Unterschrift des Errichters versehen sein, wenn ihnen eine aufhebende Wirkung zukommen soll. Ausnahmsweise kann jedoch auf eine neue Unterschrift verzichtet werden, wenn der Zusatz derartig in das alte Testament eingefügt ist, daß die frühere Unterschrift ihn deckt.[3] Der Grund liegt darin, daß auch hier die vorhandene Unterschrift *unter* dem Zusatz steht, also in jeder Weise den gesetzlichen Anforderungen genügt. Der erwähnte Fall stellt keine Ausnahme gegenüber der Vorschrift des § 2231 dar. Auch hier wird grundsätzlich eine Unterschrift verlangt. Das Besondere an dem Fall ist nur, daß das Vorhandensein einer früheren Unterschrift den Formerfordernissen des § 2231 Genüge tut.

Erwähnt werden mag noch, daß dem gewonnenen Ergebnis nicht die Vorschrift des § 2258 Abs. 2 entgegensteht. § 2258 Abs. 2 gewährt dem Erblasser das Recht, durch einen Widerruf des widersprechenden Testaments die aufgehobene Verfügung erneut in Kraft zu setzen. Man könnte geneigt sein, anzunehmen, daß durch einen gemäß dieser Vorschrift erklärten Widerruf des in Testamentsform errichteten Zusatzes die Unterschrift des eigentlichen Testaments mit vernichtet würde und damit dieses Testament wegen fehlender Unterschrift der Nichtigkeit anheimfiele. In Wahrheit wird jedoch die Unterschrift des Testaments durch einen Widerruf des Zusatzes nicht *aufgehoben,* vielmehr werden lediglich ihre Rechtsbeziehungen zu der widersprechenden Verfügung gelöst. Daher bleibt das ursprüngliche Testament wirksam.

In diesem Zusammenhang ist noch auf eine Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 1917 S. 925 hinzuweisen. In dieser Entscheidung wird festgestellt, daß ein Zusatz, den der Erblasser am Errichtungstage des Testaments unmittelbar nach dessen Vollendung zum ursprünglichen Testament hinzugefügt hat, nach Lage der besonderen Umstände des in Frage kommenden Einzelfalls als von der für das eigentliche Testament geltenden Datierung mitumfaßt angesehen werden kann. Also auch auf eine neue Datierung — dasselbe gilt übrigens ebenfalls für

[1] Bsp.: Die Benutzung verschiedener Tinte.
[2] Bsp.: Aus der Aussage eines Zeugen.
[3] Planck II 5 zu § 2231; Kipp § 13 VI; Staudinger zu § 2231 V D; Leonhard zu § 2231 III E 3; Recht 1904 S. 284, Nr. 1304; v. Hippel, S. 113 ff., insbes. S. 116.

eine Ortsangabe — kann unter Umständen verzichtet werden.[1] Allerdings ist ein derartiger Verzicht ganz allgemein nur möglich, wenn *aus der Urkunde selbst,* ohne daß irgendwelche weiteren außerhalb der Urkunde liegenden Ermittlungen erforderlich sind,[2] „die konkrete Errichtungszeit des Zusatzes bis auf den kalendermäßigen Stundenrahmen"[2] zu ersehen ist und wenn dieser Zeitpunkt mit der Errichtungszeit des ursprünglichen Testaments identisch ist. Ebenso muß *aus der Urkunde* „der Errichtungsplatz bis auf den Ortsrahmen, in den jener Raum in gängiger Bezeichnung geographisch eingeordnet wird",[2] erkennbar werden und dem Errichtungsplatz des ursprünglichen Testaments gleich sein. Insoweit ist eine Auslegung bzw. Ergänzung der gesetzlichen Testamentsformvorschriften als zulässig zu erachten.[3]

Im übrigen ist auch in diesem Zusammenhang zu betonen, daß mit der Anwendung dieser Rechtsgrundsätze an den Erfordernissen der Orts- und Zeitangabe grundsätzlich festgehalten wird. Es wird lediglich in den „Anforderungen an die Deutlichkeit (Konkretisierung) der gemachten Angaben nachgelassen".[4]

Grundsätzlich bleibt es also dabei, daß später eingefügte widersprechende Zusätze nur dann aufhebende Kraft besitzen, wenn sie in den für Testamente festgesetzten Formen erklärt worden sind.

Der Inhalt eines widersprechenden Testaments besteht, wie bereits erwähnt wurde, aus neuen positiven Nachlaßregeln, die mit den Bestimmungen eines früheren Testaments sachlich in Widerspruch stehen. Ob im Einzelfall ein Widerspruch vorliegt, ist nicht immer ohne weiteres klar und eindeutig zu erkennen. Bei seiner Feststellung ist sowohl auf den reinen Wortsinn der beiden in Frage kommenden Testamente als auf den Willen, den der Erblasser in positiver Hinsicht mit der Errichtung dieser Testamente verfolgte, zu achten. Der Wille des Erblassers ist also bei dem widersprechenden Testament nicht völlig bedeutungslos. Allerdings kommt es nicht auf den Aufhebungswillen, sondern nur darauf an, was der Erblasser mit dem zweiten Testament in positiver Hinsicht beabsichtigt hat, ob insbesondere dieses zweite Testament für die Beerbung ausschließlich maßgebend sein sollte.[5] Nur insoweit sind daher auch Willensmängel zu berücksichtigen.

Neben den von einem Testierunfähigen errichteten und dem formwidrigen Testament vermögen auch solche Testamente eine Aufhebung nicht herbeizuführen, die aus inhaltlichen Gründen ursprünglich un-

---

[1] Ebenso Planck zu § 2231 II 5; dort auch weitere Literaturangabe; vergl. ferner LZ 1914 S. 1117.
[2] v. Hippel S. 48.
[3] v. Hippel S. 35.
[4] v. Hippel S. 47.
[5] Recht 1908 Nr. 1937; Recht 1906 Nr. 1265, 3079, Heinsheimer in DJZ 1906 S. 796.

wirksam sind oder später ihre Gültigkeit verloren haben. So ist z. B. das Testament, dessen Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, zur Aufhebung einer früheren Verfügung ungeeignet. Dasselbe gilt von letztwilligen Verfügungen, die unerlaubte oder unsittliche Bedingungen enthalten[1] oder in denen ein bereits Verstorbener als Erbe eingesetzt ist. Strohal[2] vertritt allerdings hinsichtlich des letzten Punktes die entgegengesetzte Ansicht. Zur Begründung seines Standpunktes führt er an, daß auch aus einem solchen Testament der Wille des Erblassers hervorgehe, die ältere letztwillige Verfügung aufzuheben und daß dieser negative Wille allein für die Aufhebung entscheidend sei. Das ist jedoch bereits widerlegt worden.

Weitere Fälle ursprünglicher oder später eingetretener Unwirksamkeit ergeben sich aus Mängeln, die dem subjektiven Teil der testamentarischen Erklärung anhaften. So ist z. B. die zum Scherz errichtete letztwillige Verfügung nichtig. Dasselbe gilt von Testamenten, die mit Erfolg angefochten sind. Anfechtungsgründe sind die Fälle des Irrtums, der Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten und der Drohung. Dabei ist zu beachten, daß Willensmängel bei dem widersprechenden Testament nur insoweit Berücksichtigung finden, als sich der Wille des Erblassers auf die positive Neuregelung seiner Nachlaßverhältnisse richtet. Ein weiterer Umstand, der das widersprechende Testament mit rückwirkender Kraft aufhebt und ihm dadurch die eigene Aufhebungsfähigkeit nimmt, ist der Fristablauf im Sinne des § 2252.

Allen bisher erwähnten Fällen ist die Tatsache gemeinsam, daß die Unwirksamkeit entweder bereits von vornherein vorhanden war oder daß sie später, jedoch mit *rückwirkender* Kraft, eingetreten ist. Neben diesen Fällen gibt es eine Reihe von Tatbeständen, die eine spätere Unwirksamkeit des widersprechenden Testaments zur Folge haben, ohne jedoch rückwirkende Kraft zu besitzen. Die Aufhebung des widersprechenden Testaments erfolgt in diesen Fällen also nur für die Zukunft. Das ist z. B. der Fall, wenn die Erbeseinsetzung unter einer auflösenden Bedingung erfolgt ist und diese vor dem Tode des Erblassers eintritt. Ferner, wenn eine aufschiebende Bedingung ausfällt oder wenn der im Testament Bedachte vor dem Erblasser stirbt. Es fragt sich nun, wie es sich in derartigen Fällen „nachträglicher Unwirksamkeit“[3] mit der Aufhebung des ersten Testaments verhält. Verschiedene Schriftsteller[4] vertreten den Standpunkt, daß das erste

[1] Leonhard zu § 2258 II A; Planck zu § 2258 Anm. 2; Eichhorn S. 105 Ziff. 2; Dernburg § 40 II.

[2] Strohal § 42 Anm. 7.

[3] So Kretzschmar: „Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen“ in Z. Bl. f. F. G. Bd. 12 S. 653.

[4] Dernburg § 40 II; Planck zu § 2258 Bem. 2; Eichhorn S. 105/106; Strohal § 42 III 1; Motive zu § 1936; Peiser § 8 V 3.

Testament aufgehoben ist und bleibt. Zur Begründung wird angeführt, aus der Bestimmung des § 2258 gehe hervor, daß die Aufhebung mit der Errichtung des widersprechenden Testaments eingetreten sei und daß kein Grund dafür vorliege, diesen Rechtserfolg durch ein späteres Unwirksamwerden des aufhebenden Testaments als rückgängig gemacht anzusehen, zumal der Aufhebungswille des Erblassers durch die betreffenden objektiven Ereignisse nicht beeinträchtigt werde. Die betreffenden Schriftsteller gehen also ebenfalls von der Voraussetzung aus, daß der negative Wille des Erblassers die Aufhebung des ersten Testaments herbeiführt. Diese Ansicht ist jedoch widerlegt worden und also nicht dazu geeignet, ihre Meinung zu stützen. Im übrigen wird eine frühere Verfügung nicht bereits mit der Errichtung des widersprechenden Testaments aufgehoben, sondern erst im Augenblick des Erbfalls, denn erst in diesem Zeitpunkt kann ein *Testament* Rechtswirkungen erzeugen.[1] Man muß daher zu dem Ergebnis kommen, daß die ältere letztwillige Verfügung bisher nicht aufgehoben ist und durch das zweite Testament nicht mehr aufgehoben werden kann.[2]

Bleibt ein Aufhebungstestament zwar formell wirksam, kann jedoch der beabsichtigte Erfolg aus irgendwelchen anderen Gründen nicht eintreten, z. B. weil der Bedachte die Erbschaft ausgeschlagen hat oder für erbunwürdig erklärt worden ist, so wird die in diesen Fällen bereits mit dem Erbfall eingetretene Aufhebung des ersten Testaments wieder rückgängig gemacht. Denn da mit dem Eintritt dieses Ereignisses der sachliche Widerspruch fortfällt, kann die aufhebende Wirkung nicht länger fortbestehen.

Da nach § 2258 das jüngere widersprechende Testament die Aufhebung des älteren herbeiführt, ist es von Bedeutung, das Alter der vorhandenen letztwilligen Verfügungen festzustellen. Das wird in der Regel nicht schwierig sein. Sind jedoch mehrere Testamente an demselben Tage errichtet, ohne daß aus der Angabe der Tageszeit oder auf irgend eine andere Weise ihre zeitliche Aufeinanderfolge zu erkennen ist, so muß man sie als gleichzeitig errichtet und damit als ein Testament ansehen. Soweit sich die einzelnen Bestimmungen dann widersprechen, kommt folglich nicht § 2258 zur Anwendung. Vielmehr sind die beiden Verfügungen so zu behandeln, als ob sie in einem einzigen Testament stünden; sie heben sich also gegenseitig auf.

Die Errichtung eines widersprechenden Testaments führt eine Aufhebung nur „insoweit" herbei, als die neuen Bestimmungen zu den älteren in Widerspruch stehen. Das bedeutet, daß neben einer vollständigen eine Teilaufhebung möglich ist. In der Regel handelt es

[1] Im Ergebnis ebenso: Grünbaum S. 102.
[2] Im Ergebnis ebenso: Leonhard zu § 2258 II C und zu § 2254 II C; ihm zustimmend Kipp § 21 Anm. 15, Grünbaum S. 99.

sich sogar um eine solche. Nach bürgerlichem Recht können also mehrere Testamente nebeneinander bestehen. Im gemeinen Recht war eine derartige Möglichkeit ausgeschlossen, weil grundsätzlich jedes Testament die inhaltliche Ordnung über den gesamten Nachlaß enthalten mußte.

II. Aufhebung durch andere Willenserklärungen

1. Der Widerruf im Sinne von § 2255.

Im Anklang an das römische und gemeine Recht bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch im § 2255, daß ein Testament auch dadurch widerrufen werden kann, daß der Erblasser die Testamentsurkunde in Aufhebungsabsicht vernichtet oder Veränderungen an ihr vornimmt, durch die im allgemeinen der Aufhebungswille ausgedrückt zu werden pflegt. Diese Widerrufsart ist trotz der Unbestimmtheit und Dehnbarkeit ihrer Form und der sich daraus ergebenden Ungewißheit der Rechtslage in vielen Fällen in das Gesetz mit aufgenommen worden, weil es nach dem allgemeinen Rechtsgefühl nicht möglich erscheint, an der Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung festzuhalten, nachdem der Erblasser durch die Vernichtung oder Veränderung des Testaments seinen Willen zum Ausdruck gebracht hat, den Inhalt desselben nicht mehr gelten lassen zu wollen.

Der Widerruf des § 2255 ist grundsätzlich bei allen Testamentsarten möglich. Allerdings wird er seiner Natur entsprechend in der Regel nur bei solchen letztwilligen Verfügungen vorkommen, die der unmittelbaren Verfügungsgewalt des Erblassers unterliegen, d. h. also bei den privatschriftlichen Testamenten (§ 2231 I) und den nach §§ 2250, 2251 errichteten außerordentlichen Testamenten. Befindet sich ein Privattestament in amtlicher Verwahrung (§ 2248), so kann es ebenfalls nach erfolgter Rückgabe durch eine Handlung im Sinne des § 2255 widerrufen werden. Bei den von Amts wegen hinterlegten Testamenten[1] dagegen ist die Widerrufsart des § 2255 nur von geringer Bedeutung. Das hat seinen Grund in der Tatsache, daß öffentliche Testamente im Gegensatz zu den hinterlegten Privattestamenten bereits als widerrufen gelten, wenn sie von der Verwahrungsstelle an den Erblasser zurückgegeben werden (§ 2256). Es bedarf also zu ihrer Aufhebung nicht noch einer besonderen Widerrufshandlung des Erblassers.

[1] Das vor dem Richter oder Notar errichtete Testament (§ 2231 II) und das vor dem Dorfschulzen errichtete außerordentliche Testament des § 2249.

Nur in den seltenen Fällen, in denen der Erblasser auf irgend eine andere Weise als durch Rückgabe im Sinne des § 2256 in den Besitz des hinterlegten Testaments gekommen ist, sei es nun durch ein Versehen des Verwahrungsbeamten, durch eine rechtswidrige bzw. strafbare Handlung des Erblassers oder dadurch, daß der Notar oder Richter entgegen der Vorschrift des § 2246 das öffentliche Testament an den Erblasser zurückgegeben hat,[1] ist auch ein Widerruf des öffentlichen Testaments in der Form des § 2255 möglich.

Der Widerruf durch eine Handlung im Sinne des § 2255 kann sich sowohl auf ein Testament in seiner Gesamtheit als auf einzelne Teile beziehen.[2] Das ergibt sich aus der Vorschrift des § 2253 I, die auf § 2255 Anwendung findet. Allerdings wird dies von Mantey[3] und Herzfelder[4] bestritten. Mantey stützt seine Ansicht auf einen Vergleich der §§ 2253/54 mit dem § 2255. Er führt zur Begründung etwa folgendes aus: Während im § 2253 neben dem Widerruf des ganzen Testaments die Möglichkeit des Widerrufs einzelner im Testament enthaltener Verfügungen ausdrücklich hervorgehoben sei, spreche § 2255 nur von dem Widerruf von Testamenten und von Testamentsurkunden. Dieser Unterschied der Texte sei beabsichtigt. Das ergebe sich aus der Entwicklungsgeschichte der betreffenden Vorschriften. Im § 1934 des Entwurfs I, der dem heutigen § 2255 entspräche, sei ganz allgemein von „letztwilligen Verfügungen" die Rede, im Entwurf II[5] dagegen sei dieser Ausdruck durch das Wort „Testament" ersetzt worden. Daraus gehe eindeutig hervor, daß die zweite Kommission eine Beschränkung der Widerrufsart des § 2255 auf das Testament als Ganzes gewollt habe. — Dieser Ansicht ist einmal entgegenzuhalten, daß § 2253 nicht Vorschriften über bestimmte Widerrufsformen enthält, sondern allgemeine Normen aufstellt, die auf alle einzelnen Widerrufsarten entsprechende Anwendung finden. Das ergibt sich sowohl aus der Stellung der Vorschrift an der Spitze der Anordnungen über die Aufhebung des Testaments als auch aus seinem Inhalt. Die Vorschriften der §§ 2254/58, insbesondere des § 2255 dagegen geben Aufschluß über die Formen des Widerrufs, sind also Vorschriften ganz anderer Art. Deshalb lassen sie sich nicht ohne weiteres mit § 2253 in dem geschehenen Sinne vergleichen. Außerdem

[1] Über die Frage, ob der Notar berechtigt bezw. sogar verpflichtet ist, dem Erblasser das Testament auf sein Verlangen zurückzugeben und über die Wirkung einer evtl. Rückgabe vgl. Ausführungen S. 63 ff.

[2] So die durchaus herrschende Meinung. Vgl. Planck zu § 2255 Anm. 3; Kretzschmar § 21 Anm. 9; Crome § 655 Anm. 38; Endemann § 68 III 2; Ahammer S. 10; Leonhard zu § 2255 I; Staudinger zu den §§ 2253/57 III B; Dernburg § 30 I; RG 71 S. 300 ff.; JW 1911 S. 590.

[3] Im Recht 1906 S. 555.

[4] JW 1926 S. 165.

[5] Prot. V S. 353.

kann die von Mantey vertretene Ansicht auch nicht auf die Verschiedenheit des Wortlauts in den Entwürfen gestützt werden, denn auf diese Verschiedenheit ist kein übermäßig großes Gewicht zu legen. Wie die Motive[1] selbst ausdrücklich hervorheben, werden die Ausdrücke „letztwillige Verfügung" und „Testament' im allgemeinen als gleichwertig angewandt (vgl. auch § 1937 BGB.). Aus diesem Grund darf man es als sicher annehmen, daß die zweite Kommission nicht die Absicht gehabt hat, durch den Gebrauch des Wortes „Testament" darzutun, daß nur die letztwillige Verfügung in ihrer Gesamtheit gemeint sei, im Gegensatz zu einer dann als „letztwillige Verfügung" zu bezeichnenden Einzelverfügung. Läge das Gegenteil vor, so wäre dies wegen seiner Bedeutung in den Protokollen zum Ausdruck gekommen. Diese enthalten aber nur die Bemerkung, daß die zweite Kommission sich mit dem § 1934 *sachlich* einverstanden erklärt hat und den nur *in der Fassung* abweichenden Antrag der Redaktions-Kommission überwiesen hat.[2] Daraus erhellt zur Genüge, daß der Entwurf II materiell keine Veränderung gegenüber dem Entwurf I enthält. § 2255 bezieht sich also sowohl auf einzelne Verfügungen als auf das ganze Testament. Dasselbe nimmt übrigens auch Cosack an, den Mantey zu Unrecht für sich in Anspruch nimmt. Wenn Cosack sagt: „Rasuren, Durchstreichungen usw. machen das Testament nicht ungültig",[3] so bezieht sich das im Zusammenhang mit den übrigen Erörterungen des in Frage kommenden Abschnitts einmal nur auf die *Errichtung* des Testaments und nicht auf die Aufhebung. Außerdem will Cosack damit nur sagen, daß nicht das ganze Testament durch eine derartige Handlung ungültig wird, sondern höchstens die durchstrichene Stelle. Und die zweite zitierte Äußerung: „Irgendwelche Manipulationen mit der alten Testamentsurkunde genügen nicht, z. B. Korrektur des Textes"[4] bezieht sich ebenfalls nicht auf die Aufhebung des Testaments durch eine Handlung im Sinne von § 2255, sondern bringt zum Ausdruck, daß eine Aufhebung im Sinne des § 2258 nicht durch irgendwelche Korrekturen, sondern nur in Testamentsform erfolgen kann.

Herzfelder,[5] der ebenfalls die Möglichkeit eines Teilwiderrufs nach § 2255 ablehnt, stützt sich auf andere Gründe wie Mantey. Er führt aus, daß nach allgemeiner Ansicht an einem vollendeten Testament jederzeit Änderungen vorgenommen werden können. Insoweit gelte also ein Testament niemals als abgeschlossen. Das ursprüngliche Testament stelle dann zusammen mit der Änderung eine neue letzt-

[1] Mot. V S. 6.
[2] Prot. S. 353 XII.
[3] Cosack § 381 I 2.
[4] Cosack § 358 II 1 c (alte Aufl.; in der neuen Aufl. ist die Bemerkung fortgelassen. Vgl. § 386 II 1 c).
[5] JW 1926/165.

willige Verfügung dar, deren Abschluß auf den Zeitpunkt hinausgeschoben sei, in welchem die bezeichnete Handlung vorgenommen werde. Zur Wirksamkeit des neuen Testaments sei es jedoch erforderlich, daß die Handlung mindestens mit einer Zeitangabe und, wenn der Ort der Ausstellung ein anderer als derjenige der Errichtung des ursprünglichen Testaments sei, außerdem mit einer Ortsangabe versehen sei. Daraus sei nun der Schluß zu ziehen, daß auch der Widerruf eines Teils einer letztwilligen Verfügung, der ja immer eine Änderung des Inhalts des ganzen Testaments darstelle, mit Zeitangabe, unter Umständen auch mit Ortsangabe versehen werden müsse. Ein Teilwiderruf durch eine formlose Handlung im Sinne des § 2255 sei nicht möglich.

Den Ausführungen Herzfelders ist entgegenzuhalten, daß sich die oben angestellten Erörterungen über nachträgliche Änderungen nur auf die *Errichtung* einer letztwilligen Verfügung beziehen; soweit es sich um die *Aufhebung* handelt, greifen dagegen die Sonderregeln der §§ 2253 ff. Platz. Danach (§ 2253 I i. Verb. m. § 2255) ist aber ein Teilwiderruf statthaft.[1]

Inwieweit durch einen Teilwiderruf die übrigen Bestimmungen des Testaments betroffen werden, regelt sich nach § 2085. Das durch den teilweisen Widerruf freiwerdende Vermögen fällt den gesetzlichen Erben zu, oder, falls im Testament der ausdrückliche oder stillschweigende Wille niedergelegt ist, daß die Bedachten die einzigen Erben sein sollen und eine gesetzliche Erbfolge nicht in Betracht kommt, den im Testament übrig bleibenden Erben (§ 2089).[2]

Der Tatbestand des § 2255 umfaßt ein *objektives* und ein *subjektives* Merkmal. Das objektive Erfordernis liegt darin, daß der Erblasser bestimmte körperliche Einwirkungen auf die Testamentsurkunde vornimmt, die kurz als *Entwertungshandlungen* bezeichnet werden sollen. Hinzu kommt als subjektives Erfordernis, daß diese Handlungen in der Absicht begangen werden, das Testament aufzuheben.

Unter einer *Entwertungshandlung* versteht das Gesetz die Vernichtung der Testamentsurkunde oder eine bestimmte an ihr vorgenommene Veränderung. Nicht jede schlüssige Handlung also, durch die der Aufhebungswille des Erblassers zum Ausdruck gebracht wird, genügt zum Widerruf des Testaments, sondern nur eine solche, die an der Urkunde selbst begangen ist. Damit hat das Gesetz auch für diese Art des Widerrufs bestimmte Formvorschriften gegeben, die wegen der Bedeutung letztwilliger Verfügungen grundsätzlich einzuhalten sind. Die Urkunde besteht aus den auf das Papier gesetzten Schriftzeichen, die einen Gedankeninhalt verkörpern. Es ist demnach

[1] So auch Hösl S. 26.
[2] Vgl. Ahammer S. 11/12.

erforderlich, daß durch die Entwertungshandlung der Text der testamentarischen Erklärung betroffen wird. Die in Frage kommenden Einwirkungen können sowohl körperliche sein, die eine äußerliche Veränderung des Textes zur Folge haben, als auch solche, durch die der Sinn der Erklärung verändert wird. So gilt z. B. die Einschaltung eines rein negativen Zusatzes in den Text unter Umständen als Entwertungshandlung im Sinne des § 2255, trotzdem dadurch die Schriftzüge des ursprünglichen Testaments äußerlich nicht verändert werden. Das gleiche gilt für Einklammerungen. Wird dagegen ein Stück des Papierbogens, auf dem die letztwillige Erklärung des Erblassers niedergeschrieben ist, abgeschnitten oder eingeschnitten, ohne daß der Text berührt wird, so liegt darin keine Entwertungshandlung und demnach kein Widerruf im Sinne des § 2255, zumal eine derartige Handlung auch nicht den allgemeinen Gepflogenheiten hinsichtlich der Aufhebung schriftlicher Willenserklärungen entspricht.

Im einzelnen ist bezüglich der Entwertungshandlungen noch folgendes auszuführen: Eine Vernichtung liegt vor, wenn die Urkunde in ihrem Bestand vollständig aufgelöst ist (z. B. Verbrennen) oder wenn doch mindestens derartig auf sie eingewirkt wurde, daß der urkundliche Inhalt nicht mehr erkennbar ist (z. B. unleserlich machen). Zweifelhafter ist es dagegen, was man unter einer *Veränderung* im Sinne des § 2255 zu verstehen hat. Einmal sicherlich nicht solche Einwirkungen, die einer vollkommenen Vernichtung gleichkommen, andererseits aber auch nicht jede unbedeutende Beschädigung der Testamentsurkunde. Das Gesetz sagt, daß es sich um Veränderungen handeln muß, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt. Damit ist ein allgemeiner Rahmen für die möglichen und zulässigen Handlungen gegeben. Und zwar kommt es darauf an, daß die betreffenden Handlungen nach objektiver Verkehrsgewohnheit als Erscheinungsformen des Aufhebungswillens angesehen werden. Das geht aus den Worten „ausgedrückt zu werden *pflegt*" hervor. Übrigens braucht die Veränderung nicht gerade zur Aufhebung *letztwilliger Verfügungen* verkehrsüblich zu sein, sondern nur zur Aufhebung einer schriftlichen Willenserklärung überhaupt. Die Sondergewohnheiten des Erblassers werden aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht berücksichtigt, auch nicht, wenn sie mehreren etwa dem Erblasser nahestehenden Personen bekannt sein sollten. Der Nachlaßrichter kann nicht jeder individuellen Gewohnheit des Einzelnen nachgehen. Es ist deshalb unbeachtlich, wenn der Erblasser annimmt, daß durch eine bestimmte Handlung sein Aufhebungswille zum Ausdruck gebracht ist. Nur wenn diese Handlung auch nach der allgemeinen Verkehrsauffassung als Aufhebungshandlung angesehen wird, tritt die widerrufende Wirkung des § 2255 ein. Das Gesetz steht

eben auf dem Standpunkt, daß nicht allein der erklärte Wille bereits die Aufhebung des Testaments zur Folge hat, sondern daß als weiteres Erfordernis die Wahrung bestimmter Formen hinzukommen muß. Im übrigen darf bei der Bewertung der in Frage kommenden Veränderungshandlungen nicht eine allzu strenge Anforderung an den Umfang der in Betracht kommenden Gepflogenheiten gestellt werden. Das Aufheben schriftlicher Willenserklärungen gehört nicht zu den alltäglichen Vorkommnissen des Privatlebens. Darum sind gegenüber der absichtlich allgemein gehaltenen Fassung des Gesetzes auch minder häufig vorkommende Anwendungsfälle in Betracht zu ziehen.[1]

Von einer Aufzählung der einzelnen die Aufhebung herbeiführenden Entwertungshandlungen hat das Gesetz Abstand genommen. Diese Aufzählung würde auch kaum eine erschöpfende sein können. In den Motiven[2] sind allerdings einige Fälle ausdrücklich erwähnt.[3] Es ist jedoch dabei betont, daß diese Fälle nur als einzelne Beispiele anzusehen sind und nicht alle rechtlich möglichen und denkbaren Fälle darstellen.

Im einzelnen gelten als Entwertungshandlungen im Sinne des § 2255 unter anderen das Verbrennen, Zerreißen, Zerschneiden der Urkunde, ferner die Austilgung, das Durchstreichen und das völlige Unleserlichmachen der Schrift. Durch alle diese Handlungen wird eine Vernichtung des Testaments herbeigeführt. Ebenso genügt es, wenn die Urkunde weggeworfen wird und unzweifelhaft feststeht, daß der Erblasser damit seinen Aufhebungswillen zum Ausdruck bringen wollte. Das ist grundsätzlich z. B. der Fall, wenn der Erblasser das Testament in einen Papierkorb wirft. Diese Handlung ist nach objektiver Anschauung geeignet, den Aufhebungswillen des Erblassers zu zeigen. Allerdings wird dadurch nicht den Formerfordernissen des § 2255 nach dem reinen Wortsinn dieser Bestimmung Genüge getan, da die Testamentsurkunde durch das Wegwerfen weder vernichtet noch verändert wird. Die Auslegung der Formvorschriften des § 2255, die grundsätzlich ebenso zulässig ist, wie die Auslegung aller sonstigen Rechtssätze,[4] darf sich jedoch nicht auf den reinen Wortsinn der Gesetzesvorschrift beschränken, sondern muß den „elementaren Sinn, dem die Formen des § 2255 als notwendige formale Schutzmittel zu dienen bestimmt sind“,[5] erfassen. Die Aufhebungsformen des § 2255 sind in das Gesetz aufgenommen worden, weil sie den Gepflogenheiten entsprechen, nach denen schriftliche Willenserklärungen von besonderer Bedeutung aufgehoben werden. Mit der Erwähnung dieser

[1] RG 69/413.
[2] Mot. V S. 301.
[3] Zerstören, Durchstreichen, Zerschneiden, Austilgen und Unleserlichmachen.
[4] v. Hippel S. 35.
[5] v. Hippel S. 152.

Formen im Gesetz ist jedoch nicht gesagt daß sie *ausschließlich* alle in Frage kommenden Aufhebungsformen darstellen und umfassen. Sobald eine Handlung, wie z. B. das Wegwerfen des Testaments in einen Papierkorb, vorgenommen wird, die mit derselben Eindeutigkeit wie die im § 2255 erwähnten Aufhebungsformen nach den Gepflogenheiten des täglichen Lebens dazu geeignet ist, die Aufhebung des Testaments zu vollziehen, tritt eine solche Aufhebung unter entsprechender Anwendung des § 2255 ein. Die gegenteilige Ansicht müßte als formalistisch abgelehnt werden.[1]

Das Abreißen eines auf die Urkunde aufgedruckten Siegels genügt nicht allein zum Widerruf des Testaments.[2] Ein Testament ist auch ohne Siegel voll gültig. Dieses wird nur angebracht, um die Rechtsbeständigkeit der letztwilligen Verfügung mit einer gewissen Feierlichkeit zum Ausdruck zu bringen. Da das Siegel demnach nicht notwendig zu einem Testament gehört, wird mit seiner Beseitigung weder eine Vernichtung noch eine Veränderung an der Urkunde vorgenommen. Deshalb ist eine Siegelentfernung auch nur im Zusammenhang mit anderen Handlungen (z. B. Einreißen, Durchstreichen des Textes usw.) als Entwertungshandlung im Sinne des § 2255 anzusehen. Insbesondere genügt eine Siegelentfernung und Wegwerfen der Urkunde, wie Dernburg[3] richtig annimmt.

Zerstört oder beschädigt der Erblasser den Umschlag, in dem sich das Testament befindet, so wird das Testament nicht verändert. Ein Widerruf ist nicht erfolgt.

Durchstreichungen des Textes gelten regelmäßig als Entwertungshandlungen. Dabei ist es grundsätzlich gleichgültig, ob diese mit Tinte oder mit Bleistift ausgeführt worden sind. Nur wenn ein Teil des Testaments mit Tinte und ein anderer mit Bleistift durchgestrichen ist, könnten sich Zweifel über die Bedeutung der Bleistiftstriche ergeben. Eine Entscheidung darüber, ob in einem solchen Fall nur die mit Tinte ausgeführten Striche den endgültigen Aufhebungswillen verkörpern, während die Bleistiftstriche Ausdrucksformen für Pläne des Erblassers sind,[4] ist nur nach Lage des Einzelfalls möglich.

Wird das Datum, die Ortsangabe oder die Unterschrift durchgestrichen, so hat das dieselbe Wirkung, als ob das ganze Testament durchgestrichen ist. Denn damit ist dem eigenhändigen Testament ein wesentlicher Bestandteil genommen, ohne den es nicht weiter existieren kann. Das Durchstreichen der Tagesangabe allein dagegen

---

[1] Vergl. hierzu im einzelnen die Ausführungen bei v. Hippel S. 152 ff.
[2] RG 69 S. 414; JW 1909 S. 363 Nr. 9; Leonhard zu § 2255 II B; KG 29 A 26.
[3] Dernburg § 40 Anm. 11; ebenso Meyer § 49 Anm. 16.
[4] Dies wird in einer Entscheidung in Warn. 1915 Nr. 90 angenommen.

genügt nicht zur Aufhebung.[1] „Denn weder bei der Aufhebung einer letztwilligen Verfügung noch sonstiger schriftlicher Willenserklärungen wird nach der Gewohnheit des Verkehrs in der Art verfahren, daß unter Stehenlassen der Unterschrift, des Ortes und der Jahreszahl lediglich die Tagesangabe durchstrichen wird."

Ebenso wie die Durchstreichungen wirken Einklammerungen bestimmter Textstellen als Aufhebungshandlungen. Wie bereits erwähnt wurde, dürfen nicht allzustrenge Anforderungen an den Umfang der für die Veränderungen in Betracht kommenden Verkehrsgepflogenheiten gestellt werden.[2] Deshalb ist übrigens auch das Einreißen und das Einschneiden des Testaments als Entwertungshandlung anzusehen.[3] Dafür spricht insbesondere die Tatsache, daß es bei einigen Behörden, z. B. denjenigen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, üblich ist, die Unwirksamkeit einer Urkunde durch Scherenschnitte kenntlich zu machen. Im Privatverkehr wird übrigens häufig in derselben Weise verfahren.

Eine weitere Art von Entwertungshandlungen ist in gewissen Zusätzen[4] zu erblicken. Diese können einen negativen oder positiven Inhalt haben. Soweit es sich um positive Zusätze handelt, kommt ihnen, abgesehen von den in Testamentsform niedergeschriebenen, keine aufhebende Wirkung zu. Denn positive formlose Zusätze sind nicht als Entwertungshandlungen im Sinne von § 2255 anzusehen. Entwertungshandlungen sind nur solche, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung *aufzuheben*, verkörpert wird, d. h. also Handlungen mit negativem Inhalt und negativer Wirkung. Für positive Zusätze ist es aber gerade wesentlich, daß sie positive Wirkungen und einen positiven Inhalt haben. Demnach können sie einen Widerruf nicht herbeiführen.

Anders könnte es dagegen bei negativen Zusätzen sein. Diese haben einen negativen Inhalt und eine negative Wirkung. Es fragt sich dann allerdings weiter, ob sie die Urkunde *verändern* und ob sie geeignet sind, den Aufhebungswillen des Erblassers zu offenbaren. Nur wenn auch diese Voraussetzungen vorliegen, sind sie als Entwertungshandlungen anzusehen. Die folgenden Untersuchungen werden zeigen, daß beide Voraussetzungen gegeben sind.

Zusätze sind Worteinschaltungen, die zwischen die Schriftzeichen des Textes eingefügt werden. Dadurch wird nach natürlicher Auffassung eine Änderung an der Urkunde vorgenommen. Zwar erfolgt

---

[1] JW 1913 S. 41 = Bayr. Ztschr. 1012/483 = Gruch. Bd. 57 S. 700 = Recht 1913 Nr. 69. Vgl. auch RG in JW 1911 S. 283.
[2] RG 69 S. 413 ff.
[3] Planck zu § 2255 Bem. 3; RG 69 S. 414 = JW 1909 S. 20 = Seuff. Arch. 64 S. 466.
[4] Vgl. S. 25 ff., 31 ff.

keine äußere körperliche Textänderung des ursprünglichen Testaments. Eine solche wird im § 2255 aber auch nicht ausdrücklich verlangt. Es verstößt daher nicht gegen den Wortlaut des Gesetzes, wenn man annimmt, daß sich die Vorschrift des § 2255 auch auf solche Veränderungen der Urkunde bezieht, durch die lediglich der Sinn der testamentarischen Erklärung ein anderer wird. Diese Annahme ist um so berechtigter, als ja auch „äußere Textänderungen" nur den Zweck haben, den *Sinn* der ganzen Erklärung aufhebend zu ändern. Käme man zum entgegengesetzten Ergebnis, so dürfte auch eine Einklammerung, durch die die Schriftzeichen der Urkunde nicht berührt werden, nicht als Entwertungshandlung angesehen werden. Das widerspräche jedoch der objektiven Verkehrsauffassung. Demnach ist festzustellen, daß negative Zusätze die testamentarische Urkunde verändern. Daneben sind sie aber auch geeignet, den Aufhebungswillen des Erblassers zum Ausdruck zu bringen. Allerdings hat sich das Reichsgericht[1] auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Der Entscheidung lag folgender Tatbestand zugrunde: Ein Erblasser setzte in einem eigenhändigen Testament eine Reihe von Vermächtnissen aus und bestimmte ferner folgendes: . . . . . Den hochgeehrten Magistrat bitte ich, das übrige Vermögen für fleißige Bürgerstöchter, die über 60 Jahre alt sind, zu verwalten und die Zinsen an zehn Bürgerstöchter auszuzahlen. Das Wort „fleißige" war ausgestrichen und darüber das Wort „arme" geschrieben. Außerdem stand am Rand unmittelbar neben diesem Wort „keine Kaufmannstöchter". Das Reichsgericht nahm an, daß ein Widerruf nach § 2254 nicht vorliege, weil die Formvorschriften des § 2231 nicht innegehalten worden seien.. Ein Widerruf gemäß § 2255 käme aber auch nicht in Frage, insbesondere nicht ein solcher durch Veränderung der Testamentsurkunde. Denn einmal dürfe ein negativer Zusatz nicht zu den Erscheinungsformen gerechnet werden, durch die man im allgemeinen den Aufhebungswillen auszudrücken pflege. Weiter ließe aber auch die Randbemerkung nicht eine sich gegen die ursprüngliche Erbeseinsetzung gerichtete Aufhebungsabsicht erkennen. Der Wille des Erblassers sei nur darauf gerichtet gewesen, den Personenkreis der Bedachten einzuschränken, der Erblasser habe aber keineswegs die Absicht gehabt, die Erbeseinsetzung der Bürgerstöchter überhaupt aufzuheben. — Diese Entscheidung ist nicht haltbar. Es ist sehr wohl Verkehrsgepflogenheit, gewisse Einschränkungen seiner Willenserklärung dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß man zu der schriftlichen Erklärung eine zusätzliche Bemerkung schreibt. Insbesondere gilt dies in den Fällen, in denen auf andere Weise, etwa durch eine Verbesserung oder sou-

[1] RG in JW 1911/590. Recht 1911 Nr. 2590 und RG 71/293.

stige Veränderung wegen des ursprünglich angewandten Ausdrucks kein Raum ist. Das ist z. B. hier der Fall. Denn würde der Erblasser das Wort „Bürgerstöchter" durchgestrichen oder eingeklammert haben, so hätte er damit einem Willen Ausdruck gegeben, den er in diesem Umfang gar nicht besaß. Er wollte nicht die Erbeseinsetzung für alle Bürgerstöchter widerrufen, sondern nur insoweit, als sie sich auf Kaufmannstöchter bezog. Das konnte er, wie jeder andere, aber nur auf die geschehene Weise tun. Diese ist damit als eine verkehrsübliche zu bezeichnen. Der zweite Einwand, den das Reichsgericht macht, ist ebenfalls nicht durchschlagend. Allerdings geht aus den Worten „keine Kaufmannstöchter" nicht der Wille des Erblassers hervor, die Erbeseinsetzung der Bürgerstöchter überhaupt zu widerrufen, wohl aber dessen Absicht, die Erbeseinsetzung auf diejenigen Bürgerstöchter zu beschränken, die nicht Kaufmannstöchter sind. Weiteres hat der Erblasser aber auch nicht bezwecken wollen. Es handelt sich hier daher um einen Teilwiderruf.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß negative formlose Zusätze zu den Entwertungshandlungen des § 2255 gehören.[1]

Ebenso ist streitig, ob sog. Entwertungsvermerke, die nach der Auffasung des Verkehrs zum Ausdruck bringen, daß die Urkunde nicht mehr gelten soll, wie z. B. annulliert, veraltet, entwertet, cassiert. ungültig usw., als Aufhebungshandlungen im Sinne des § 2255 angesehen werden können. Soweit diese Vermerke mit Orts- und Zeitangabe und mit der Unterschrift des Erblassers versehen sind, führen sie einen Widerruf herbei. Es handelt sich dann aber um einen testamentarischen Widerruf im Sinne von § 2254. Steht ein Entwertungsvermerk quer über den ganzen Text geschrieben, so führt er ebenfalls die Aufhebung des Testaments herbei. Eine solche Handlung kommt dem Durchstreichen des Textes gleich. Werden Entwertungsvermerke auf dem Umschlag,[2] in dem sich das Testament befindet, oder auf der Rückseite des Testaments angebracht, so haben sie dagegen keine aufhebende Wirkung. Denn dann ist die Testamentsurkunde nicht verändert und damit die Form des § 2255 nicht gewahrt. Befindet sich der Vermerk unter, über oder neben dem Text der testamentarischen Erklärung, so ist eine Reihe von Schriftstellern[2] der Ansicht, daß dadurch die Aufhebung des Testaments gemäß § 2255 herbeigeführt wird. Auch das Reichgericht hat ebenso entschieden, falls der Entwertungsvermerk so angebracht ist, daß er sofort ins

[1] Zustimmend: Ahammer S. 13. A. A. Grünbaum S. 32.

[2] Planck zu § 2255 Bem. 3; Kipp § 21 Anm. 4; Hösl S. 20 ff. OLG Hamburg in Z. Bl. f. F. G. 14 S. 666; a. A. Kretzschmar § 21 Anm. 9; Staudinger zu § 2253—57 III B; Eichhorn S. 100; Leonhard zu § 2255 II C.

[3] RG in JW 1911 S. 545 = Recht 1911 Nr. 2589; Recht 1912 Nr. 3382.

Auge fällt und jeden Beschauer ohne weiteres erkennen läßt, daß die Urkunde als solche nicht mehr in Betracht kommt. Dieser genau abgegrenzten Ansicht des Reichsgerichts ist zuzustimmen. Auch ein Entwertungsvermerk stellt einen Zusatz dar, durch den die letztwillige Verfügung nach natürlicher Auffassung ihrem Sinne nach verändert wird. Außerdem ist ein Entwertungsvermerk objektiv dazu geeignet, einen Aufhebungswillen zu kennzeichnen, wenn er nur deutlich in der Urkunde angebracht ist. Demnach kann ein Entwertungsvermerk unter Berücksichtigung der einschränkenden Gesichtspunkte des Reichsgerichts einen Widerruf zur Folge haben.

In der Praxis kommt es häufig vor, daß der Erblasser mehrere Originalurkunden seines Testaments anfertigt. Insbesondere wird er dies tun, wenn er die Befürchtung hegt, daß ein einzelnes Exemplar seines Testaments aus irgendwelchen Gründen leicht verloren gehen könnte. Die einzelnen Schriftstücke werden dann der größeren Sicherheit halber gewöhnlich an verschiedenen Orten aufbewahrt. Es fragt sich nun, in welcher Form in einem solchen Fall der Widerruf des Testaments nach § 2255 zu erfolgen hat. Genügt die Vernichtung oder Veränderung *einer* Urkunde oder müssen alle Exemplare des Testaments durch die Entwertungshandlung betroffen werden? Brock[1] nimmt das letztere an. Er führt zur Begründung seiner Ansicht aus, daß der Wille des Erblassers nicht nur in einem Testamentsexemplar, sondern in *allen* niedergelegt sei. Da ein Widerruf im Sinne des § 2255 nun aber eine Entwertungshandlung an der Niederschrift erfordere, müßten folgerichtig alle Schriftstücke betroffen werden. Das sei auch ohne weiteres möglich, denn der Erblasser könne sich mit Leichtigkeit in den Besitz der verschiedenen Urkunden setzen. Sei ihm jedoch ausnahmsweise einmal ein Exemplar nicht erreichbar, so verbleibe dem Erblasser immer noch die Möglichkeit eines Widerrufs durch ein Testament (§ 2254, § 2258). Eine Härte entstehe also nicht durch die vertretene Ansicht. Eine Anzahl anderer Schriftsteller[2] nimmt dagegen im Gegensatz zu Brock an, daß die Vernichtung oder Veränderung einer *einzelnen* Urkunde in jedem Fall die Aufhebung des ganzen Testaments herbeiführt. Denn wenn diese einzelne Urkunde die einen rechtlich wirksamen, selbständigen Bestand habe, aufgehoben werde, so sei damit ihr Inhalt, der gleichzeitig den Inhalt der übrigen Exemplare verkörpere, rechtlich ungültig geworden. Im übrigen behalte der Erblasser im allgemeinen gerade bei der Errichtung mehrerer Originalurkunden nicht immer die Verfügungs-

[1] Das eigenhändige Testament, S. 103.
[2] Frommhold zu § 2255 Bem. 4; Leonhard zu § 2255 II D; Endemann § 68 III a 4; Kuhlenbeck zu § 2255 Bem. 5.

gewalt über alle Exemplare des Testaments. Würde also die Ansicht von Brock zutreffend sein, so könne in allen diesen Fällen die Widerrufsart des § 2255 praktisch nicht angewandt werden. Diese Beschränkung des Anwendungsgebietes des § 2255 liege nicht im Sinne des Gesetzes.

M. E. ist weder der einen noch der anderen Ansicht zuzustimmen, vielmehr erscheint als allein richtige eine dritte Meinung, die gegenüber den erwähnten eine mittlere Stellung einnimmt.[1] Nach ihr ergibt sich die Lösung der Frage aus dem Aufhebungswillen des Erblassers. Im Testamentsrecht herrscht der Grundsatz, daß der wahre Wille des Erblassers entscheidend ist. Wenn also im vorliegenden Fall der Erblasser nur eine der Testamentsurkunden zerstört und verändert, durch diese Tat jedoch der Aufhebungswille bezüglich des ganzen Testaments erkennbar wird, so tritt als Folge auch eine Aufhebung des ganzen Testaments ein. Wird dagegen nachgewiesen, daß ein Erblasser ein Exemplar nur deshalb vernichtet hat, weil er etwa die Zahl der Urschriften vermindern wollte, oder weil ihm das betreffende Exemplar aus rein äußerlichen Gründen mißfiel,[2] so führt diese Vernichtung nicht zur Aufhebung des Testaments in seiner Gesamtheit. Eine entgegengesetzte Ansicht würde dem Wesen des Testaments widersprechen. Schwierig ist es nun allerdings, den Aufhebungswillen in allen Fällen zu erkennen. Denn die Vermutung des § 2255 II greift hier nicht Platz.[3] Diese Vorschrift setzt vielmehr voraus, daß nur eine einzige Urkunde errichtet worden ist.[4]

Wer also die Aufhebung der ganzen Urkunde behauptet, muß dafür den Beweis antreten. Dieser Beweis würde z. B. dann als erbracht angesehen werden können, wenn nachgewiesen ist, daß der Erblasser nur deshalb ein zweites Exemplar nicht zerstört oder verändert hat, weil er hieran durch äußere Gründe gehindert wurde. Das ist insbesondere der Fall, wenn er nur ein Exemplar im Besitz hat, ein weiteres sich dagegen an einem anderen Ort oder in amtlicher Verwahrung befindet. Hat der Erblasser aber mehrere Urschriften in seinen Händen, so dürfte sich aus der Tatsache, daß er nur eine zerstört und die anderen weiter aufbewahrt hat, die Vermutung rechtfertigen, daß er bezüglich des ganzen Testaments eine Aufhebungsabsicht nicht gehabt hat. Ein Gegenbeweis ist natürlich möglich und würde z. B. durch den Nachweis geführt werden können,

[1] Planck 3 a B; Staudinger III B Abs. III zu § 2253/2257; Dernburg § 40 Anm. 11; Leonhard zu § 2255 II D; Kretzschmar § 21 II 2 b und Anm. 12; ebenso schon die gemeinrechtliche Literatur: Koeppen § 85 II 2 b; Windscheid § 564 Anm. 8.
[2] z. B. weil ein großer Fett- oder Tintenfleck auf der Urkunde vorhanden war.
[3] Hösl S. 24; Planck zu § 2255 Anm. 3 b.
[4] Vgl. Wilke zu § 2255 Bem. 3.

daß der Erblasser durch plötzlichen Tod an weiteren Vernichtungen verhindert wurde.

Zusammenfassend kann man also sagen, daß bei dem Vorhandensein mehrerer Originalurkunden die an einer Urkunde vorgenommene Veränderung zur Aufhebung aller Urkunden genügt, wenn kein Zweifel darüber besteht, daß der Erblasser den Aufhebungswillen gehabt hat.

Das Gesagte gilt übrigens nur für Originalurkunden und bezieht sich nicht auf Entwürfe und einfache Abschriften. Durch eine Vernichtung derartiger Schriftstücke kann das Testament nicht aufgehoben werden, denn die Entwertungshandlung muß an einer Urschrift begangen sein. Stellt allerdings eine als Abschrift eines Testaments bezeichnete Urkunde selbst ein Testament dar, so kann dessen Widerruf unter Umständen zur Aufhebung des ganzen Testaments führen, eine derartige „Abschrift" steht einer Urschrift rechtlich gleich.[1]

Neben der Vornahme einer Entwertungshandlung besteht ein weiteres objektives Erfordernis darin, daß der *Erblasser* die Handlung auszuführen hat. Das ergibt sich einmal aus der Vorschrift des § 2064, die, weil der Widerruf im Sinne des § 2255 in sachlicher Hinsicht eine letztwillige Verfügung darstellt,[2] hier zur Anwendung kommt. Außerdem schreibt es § 2255 ausdrücklich vor (der Erblasser . . . . . vernichtet). Eine Vertretung ist daher ausgeschlossen, m. a. W., die Vernichtung oder Veränderung kann nicht durch einen Stellvertreter des Erblassers ausgeführt werden.[3] Dagegen ist es möglich und allgemein anerkannt,[4] daß sich der Erblasser zur Ausführung der Entwertungshandlung eines anderen als seines Werkzeugs bedienen kann. In diesem Fall handelt der Erblasser selbst durch einen Dritten. Der Widerruf ist dann jedoch nicht schon vollzogen, wenn der Erblasser den Auftrag zur Vernichtung erteilt hat, sondern erst im Augenblick der Vornahme der Entwertungshandlung. Wird also der Auftrag nicht ausgeführt, so bleibt das Testament trotz des erklärten Aufhebungswillens wirksam bestehen. Soweit sein Inhalt dann nachgewiesen werden kann, können Rechte daraus geltend gemacht werden. Dasselbe gilt auch für zufällig untergegangene letztwillige Verfügungen.[5] Die Ausführung des Auftrags muß übrigens noch vor dem Tode des Erblassers erfolgen, denn nur bis zu diesem Zeitpunkt kann

[1] LZ 1923 S. 322; Hösl S. 23.
[2] Vgl. oben S. 10.
[3] Planck zu § 2255 3 a; a. A. Cosack § 386.
[4] Leonhard zu § 2255 III; Kipp § 21 II 2; Planck Bem. 3 a; Dernburg § 40 Anm. 11; Strohal § 42 Anm. 9; Eichhorn S. 100; Kuhlenbeck zu § 2255 Bem. 1; Boehm S. 200.
[5] RG 101/197; JW 1912/798; Staudinger zu § 2255 III B; Leonhard zu § 2255 IV.

ein Erblasser — persönlich oder durch einen Dritten — Bestimmungen über seinen Nachlaß treffen[1].

Zerstört oder verändert ein unbefugter Dritter die Testamentsurkunde, so tritt nach dem oben gesagten ebenfalls eine Aufhebung nicht ein. Es fragt sich jedoch, ob der Erblasser diesen Erfolg dadurch herbeiführen kann, daß er die Handlung des Dritten nachträglich genehmigt. Das ist mit der herrschenden Lehre[2] zu verneinen. Zur Begründung lassen sich zwei Argumente anführen. Einmal ist die Zerstörung der Urkunde eine rein tatsächliche, nicht eine rechtliche Verfügung. Auf tatsächliche Akte findet § 185 keine Anwendung[3]. Andernfalls müßte man auch einen wirksamen Widerruf annehmen, wenn das Testament zufällig untergegangen ist und der Erblasser sich nachträglich ausdrücklich oder stillschweigend mit der Vernichtung einverstanden erklärt[4]. Zum anderen fehlt es an einer schlüssigen Entwertungshandlung. § 2255 verlangt, daß der Erblasser *in der Absicht,* das Testament aufzuheben, eine Entwertungshandlung vornimmt. Der Aufhebungswille muß demnach im *Zeitpunkt* der Einwirkung vorhanden sein und durch die Handlung des Erblassers zum Ausdruck kommen. Das ist hier aber nicht der Fall. Denn die *objektive* Entwertungshandlung besteht in der Vernichtung oder Veränderung der Urkunde durch den Dritten, der Aufhebungswille erhellt dagegen erst aus der weit später erfolgten Genehmigungserklärung. Er muß jedoch, wie sich aus § 2255 ergibt, *durch die Entwertungshandlung zum Ausdruck kommen.* Will man diese Ansicht nicht teilen und es lediglich darauf abstellen, daß der Wille überhaupt zur Zeit der Vernichtung vorhanden sein muß, es im übrigen aber ganz gleichgültig ist, wann er erkennbar wird, so käme man übrigens zu keinem anderen Ergebnis. Denn man könnte insbesondere nicht aus der Tatsache, daß der Erblasser die Vernichtung später genehmigt, den zwingenden Schluß ziehen, daß er den Aufhebungswillen schon früher, also auch zur Zeit der Einwirkung, gehabt hat. Im Gegenteil erscheint vielmehr die Annahme gerechtfertigt, daß der Erblasser sich nach Kenntnisnahme von der Vernichtung mit dieser Tatsache abgefunden hat und die Verfügung als aufgehoben gelten ließ. Diese Annahme ist um so berechtigter, als es im allgemeinen unbekannt sein dürfte, daß ein durch einen unbefugten Dritten oder durch irgend einen Zufall

[1] RG in Seuff. A. 70 Nr. 248.

[2] Crome § 655 Anm. 39; Kretzschmar § 21 Anm. 13; Strohal § 42 Anm. 9; RGR-Komm. Bem. 1 zu § 2255; Planck Bem. 3 a zu § 2255; Brock S. 102 ff.; Dernburg § 40 Anm. 12; Leonhard III zu § 2255; Meyer § 49 Anm. 18; Staudinger zu § 2253—57 III B. A. A. Endemann § 68 III c; Klein im Arch. f. bürg. R. 40 S. 196 ff.; Cosack § 386 I 2 a.

[3] Planck § 2255 Bem. 3 a.

[4] Leonhard § 2255 III.

vernichtetes Testament rechtlich wirksam bleibt. — Der Fall einer nachträglichen Genehmigung der Entwertungshandlung eines Unbefugten ist übrigens nicht dem rechtlich zulässigen Fall einer Vernichtung der Urkunde durch einen Dritten auf Anordnung des Erblassers gleichzustellen.[1] Denn bei einer Aufhebung auf Geheiß geschieht die Vernichtung mit Wissen und Willen des Erblassers; der bei dem Erblasser vorhandene negative Wille kommt also durch die Handlung des beauftragten Dritten zum Ausdruck. Es ist daher richtig, wenn man im letzten Falle einen wirksamen Widerruf annimmt, im Falle nachträglicher Genehmigung dagegen nicht. Wenn das Reichsgericht[2] in einer Entscheidung diesen Schluß nicht gezogen hat, so hat es dabei verkannt, daß zwischen den beiden Fällen nicht nur ein tatsächlicher, sondern auch ein rechtlicher Unterschied besteht.[3]

Neben den objektiven Erfordernissen verlangt § 2255 in subjektiver Hinsicht, daß der Erblasser „die Absicht hat, das Testament aufzuheben". „In der Absicht" bedeutet hier „mit dem Willen und Vorsatz".[4] Das geht aus der Entwicklungsgeschichte des § 2255 hervor. Im entsprechenden § 1934 des Entwurf I heißt es: „Der Erblasser muß vorsätzlich und mit dem Willen, die Verfügung aufzuheben, handeln". Bei dieser Formulierung hatte die Erwägung eine Rolle gespielt, daß in dem Aufhebungswillen nicht immer der hier erforderliche Vorsatz enthalten ist, es daher nicht genügt, den Ausdruck „in der Absicht" in das Gesetz aufzunehmen.[5] Diese Ansicht wurde jedoch nicht von der zweiten Kommission, die den Entwurf I zu der heute geltenden Form abänderte, geteilt. Denn in den Protokollen[6] wird ausdrücklich betont, daß die Kommission sich sachlich mit dem ersten Entwurf einverstanden erklärt und diesem nur eine andere Fassung gegeben hat. Der Ausdruck „in der Absicht" im § 2255 ist folglich dahingehend zu verstehen, daß der Erblasser sowohl den Aufhebungswillen haben als auch vorsätzlich handeln muß.

Aus den Worten des Gesetzes: „Ein Testament kann dadurch widerrufen werden, daß der Erblasser *in* der Absicht, es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet . . . . ." geht hervor, daß der Aufhebungswille zur Zeit der Einwirkung vorhanden sein muß.[7] Das wird auch in der Regel der Fall sein. Es sind aber auch andere Tatbestände denkbar. Wenn z. B. der Erblasser bei der Oeffnung des das Testament enthaltenen Umschlags versehentlich das Testa-

[1] Cosack § 386 I 2.
[2] RG 29 S. 328.
[3] So auch Grünbaum S. 37.
[4] RG 69/414; 71/300; 111/264; JW 1913/41.
[5] Mot. V S. 300.
[6] Prot. V S. 353.
[7] Ahammer S. 14. Daher ist auch eine nachträgliche Genehmigung der Handlung eines Unbefugten nicht möglich. Vgl. S. 50.

ment zerreißt, damit also objektiv eine Entwertungshandlung vornimmt und erst darauf den Plan faßt, die ohne seine Absicht zerstörte Urkunde aufzuheben, so erfolgt kein Widerruf. Ein solcher ist nur noch im Wege des § 2254 bzw. 2258 möglich. Das mag zwar formalistisch und unbefriedigend erscheinen, eine andere Entscheidung ist aber auf Grund des klaren Wortlauts des § 2255 nicht möglich.

Von großer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang einige Beweisfragen. Insbesondere ist die Feststellung wichtig, wer das Vorhandensein der Aufhebungsabsicht des Erblassers darzutun hat.

Ganz allgemein ist zu sagen, daß derjenige, der sich auf die Aufhebung des Testaments beruft, diese Tatsache zu beweisen hat. Das ergibt sich aus dem Grundsatz, daß jeder „die Ursache der ihm vorteilhaften Wirkung"[1] darlegen muß. Derjenige also, der Rechte aus dem Testament herleitet, muß dessen Bestehen beweisen; derjenige, der Rechte beansprucht, die ihm erst infolge der Aufhebung der letztwilligen Verfügung zustehen, muß die Aufhebung dartun.

Zum Beweise des Widerrufs eines Testaments im Sinne des § 2255 gehört nun dreierlei:

1. Es muß dargetan werden, daß eine Entwertungshandlung an der Urkunde vorgenommen ist,
2. daß der Erblasser diese Handlung vorgenommen hat, und
3. daß er in Aufhebungsabsicht gehandelt hat.

Der Beweis des Vorhandenseins der Aufhebungsabsicht würde im allgemeinen mit großen Schwierigkeiten verbunden sein, in den meisten Fällen sogar überhaupt nicht erbracht werden können[2]. Deshalb kommt das Gesetz dem Beweispflichtigen zur Hilfe, indem es im § 2255 II die Vermutung aufstellt, daß für den Fall, daß der Erblasser die Vernichtung oder Veränderung des Testaments vorgenommen hat, er auch in Aufhebungsabsicht gehandelt hat. Da es immerhin nicht gerade häufig vorkommen wird, daß der Erblasser ein Testament vernichtet, ohne es aufheben zu wollen, erscheint die Vorschrift des § 2255 II als durchaus billig und gerecht.

Die betreffende Vermutung ist übrigens nur eine bloße Rechtsvermutung. Der Gegenbeweis ist also zulässig und von demjenigen zu führen, der die Gültigkeit des Testaments behauptet. Dieser müßte also etwa nachweisen, daß der Erblasser die Handlung aus Irrtum, Versehen oder im Zustand der Geschäftsunfähigkeit bzw. des Zwanges begangen hat. Dabei stehen dem Beweisführer grundsätzlich alle Beweismittel offen. Zu beachten ist übrigens, daß die Vermutung des § 2255 II sich nur auf die Aufhebungsabsicht bezieht. Es besteht also

[1] Grünbaum S. 85.
[2] Mot. V S. 301, 302.

keine Vermutung dafür, daß die vorhandene Entwertungshandlung von dem *Erblasser* begangen wurde. Diese Tatsache ist nach wie vor von demjenigen zu beweisen, der die Aufhebung des Testaments behauptet. Dabei sind dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung entsprechend die Umstände des Einzelfalls in weitgehendstem Umfange zu berücksichtigen. So ist z. B. in dem Fall, in dem feststeht, daß das Testament sich immer im Besitz des Erblassers befunden hat[1], anzunehmen, daß dieser eine evtl. vorhandene Entwertungshandlung selbst vorgenommen hat. Befindet sich das Testament dagegen in den Händen dritter Personen, so ist der Nachweis besonderer Tatsachen erforderlich, um den Richter davon zu überzeugen, daß tatsächlich der Erblasser das Testament vernichtet oder verändert hat.

Eine Umkehrung der Beweislast tritt in allen erwähnten Fällen ein, wenn eine Partei oder deren Rechtsvorgänger der Gegenpartei die Beweisführung schuldhaft unmöglich macht.[2] Es steht nichts entgegen, diesen allgemeinen Grundsatz auch hier anzuwenden.

Zu erwähnen ist noch, daß die Vermutung des § 2255 II auch dann gilt, wenn der Erblasser sich der Hand eines Dritten bei der Vornahme der Entwertungshandlungen bedient.[3] Denn ebenso, wie man den Abs. 1 des § 2255 dahin auslegt, daß auch die Vernichtung der Urkunde durch einen Dritten auf Geheiß des Erblassers zu den Entwertungshandlungen zu rechnen ist, muß man die Vermutung des Abs. 2, der in der Fassung genau mit Abs. 1 übereinstimmt, folgerichtig auch anwenden, wenn nicht der Erblasser persönlich, sondern der beauftragte Dritte handelt. Anders ist es dagegen im Falle der Vernichtung nur einer von mehreren Testamentsurkunden. Denn wie bereits oben erwähnt wurde, spricht die Erhaltung einzelner Exemplare dafür, daß die letztwillige Verfügung weiter Gültigkeit behalten soll. Die Vermutung des § 2255 II greift daher nicht Platz.[4]

Da der Widerruf im Sinne des § 2255 sachlich als letztwillige Verfügung anzusehen ist, finden die für letztwillige Verfügungen geltenden Grundsätze über die Bedeutung und Wirkung von inhaltlichen, insbesondere Willensmängeln, auf § 2255 Anwendung. Der Widerruf darf daher einmal nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (§ 134 BGB.). Ferner ist er nichtig, wenn er nur zum Scherz erklärt worden ist (§ 118); dann fehlt der Mitteilungswille. Ebenso ist aber entgegen der Vorschrift des § 116 I auch zu entscheiden, wenn der

[1] Z. B. wenn es nach dem Erbfall aus dem verschlossenen Geldschrank des Erblassers geholt wird.

[2] RG 60/147—152.

[3] Kipp § 21 II 2; Planck zu § 2255 3 b; Leonhard zu § 2255 IV; Kretzschmar § 21 II 2 c; Ahammer S. 16; Brock S. 110. A. A.: Frommhold zu § 2255 Anm. 2.

[4] Planck zu § 2255 3 b; Meyer § 49 Anm. 19.

Erblasser sich bei der Vornahme der Entwertungshandlung im geheimen vorbehalten hat, das Erklärte nicht zu wollen. Auch dann hat er keine ernstliche Widerrufsabsicht gehabt; eine Aufhebung des Testaments ist infolgedessen nicht erreicht.

Hat der Erblasser im Irrtum über die rechtliche Bedeutung seiner Erklärung sein Testament gemäß § 2255 verändert, oder hat er sich in der Testamentsurkunde geirrt, so bleibt das Testament gültig. Auch hier fehlt dem Erblasser jegliche Widerrufsabsicht. Es bedarf also gar nicht einer besonderen Anfechtungserklärung nach § 2078 I[1]. Dasselbe gilt auch im Falle widerrechtlicher Drohung, soweit diese auf die Gestaltung und Formung des Handlungswillens, nicht aber auf das Entstehen des Aufhebungswillens, eingewirkt hat.

Neben den Fällen ursprünglicher Unwirksamkeit tritt eine Nichtigkeit des Widerrufs durch nachträgliche Anfechtung in folgenden Fällen ein:

a) wenn durch eine Drohung der Aufhebungswille zum Entstehen gebracht wurde,

b) in den Fällen des Irrtums im Beweggrunde (§ 2078 II 1. Halbs.).

Eine Anfechtung wegen Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten dagegen ist wegen der lediglich verneinenden Wirkung des Widerrufs ausgeschlossen.

2. *Der Widerruf durch die Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256).*

Neben der Vorschrift des § 2255 enthält § 2256 einen weiteren Fall des Testamentswiderrufs durch schlüssige Handlungen.[2] Die Bestimmung des § 2256 lautet:

„Ein vor einem Richter oder Notar oder nach § 2249 errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird.

Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen. Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen.

Die Vorschriften des Abs. II gelten auch für ein nach § 2248 hinterlegtes Testament; die Rückgabe ist auf die Wirksamkeit des Testaments ohne Einfluß."

Aus dem Wortlaut des Gesetzes geht hervor, daß die Anwendung des § 2256 auf *öffentliche* Testamente beschränkt ist. Demnach tritt eine Aufhebung durch Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung ein:

[1] Anders beim testamentarischen Widerruf (§ 2254) und beim Aufhebungstestament (§ 2258).

[2] Geschichtliche Vorbilder: §§ 565/567 Pr. ALR. Teil I, Titel 12, § 2 Nr. 16 Bayr. Landrecht III, Kap. IV und § 2215 Sächs. GB.

1. bei Testamenten, die vor einem Richter oder einem Notar errichtet worden sind (§ 2231 Z. 1, §§ 2232 ff.),
2. bei den vor einem Gemeindevorsteher oder einer diesem gleichgestellten Person errichteten außerordentlichen Testament (§ 2249),
3. bei einem gemäß § 2250 errichteten Testament, falls der Erblasser die Form des § 2249 benutzt hat, und
4. bei den Militärtestamenten[1].

Alle anderen Testamentsarten dagegen können durch Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung nicht widerrufen werden. Das ist bezüglich des gemäß § 2248 hinterlegten eigenhändigen Testaments im § 2256 III ausdrücklich hervorgehoben worden, gilt aber ebenso auch für die nach §§ 2250, 2251 errichteten außerordentlichen Testamente, soweit sie sich in amtlicher Verwahrung befinden.

Der innere Grund für die verschiedene Behandlung der öffentlichen und der übrigen Testamente ist in der Tatsache zu suchen, daß die ersten von Amts wegen in amtliche Verwahrung kommen, während nichtöffentliche Testamente nur auf Antrag des Erblassers hinterlegt werden. Bei den Testamenten der ersten Art ist also die amtliche Verwahrung ein formelles Erfordernis der letztwilligen Verfügung, allerdings kein wesentliches, denn das Testament tritt als öffentliches bereits in Kraft, wenn die übrigen Merkmale gegeben sind. Immerhin ist aber die Verwahrung unbedingt vorgeschrieben (§ 2246).[2] Durch ihre Aufhebung wird folglich ein Solennitätsmerkmal des öffentlichen Testaments zerstört. Daran knüpft das Gesetz besondere Folgen. Bei den nicht-öffentlichen Testamenten dagegen liegt es allein im Ermessen des Erblassers, ob das Testament hinterlegt werden soll oder nicht. Infolgedessen kann der Rückgabe eines privaten Testaments aus der amtlichen Verwahrung eine besondere Bedeutung hinsichtlich des rechtlichen Bestandes der Verfügung nicht beigemessen werden.

Eine in der Literatur häufig erörterte Streitfrage besteht darüber, ob § 2256 auch auf ein Testament Anwendung findet, das vom Erblasser ursprünglich als eigenhändiges wirksam errichtet worden ist, dann aber aus irgendwelchen Gründen gemäß § 2238 I, 2. Halbs., dem Richter oder Notar übergeben wurde und durch diesen in amtliche Verwahrung gelangte. Zu beachten ist hierbei vor allem, daß vor der Übergabe an den Richter oder Notar ein *wirksames* eigenhändiges Testament vorgelegen haben muß. Daher scheiden bei den folgenden

[1] § 3 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit und andere Rechtsangelegenheiten in der Wehrmacht vom 24. 4. 1934; Durchführungsverordnung dazu vom 3. Februar 1936.

[2] Planck zu § 2256 Anm. 1.

Erörterungen von vornherein die Fälle aus, in denen die nach § 2238 übergebene Schrift nur zufällig die Formen des privaten Testaments aufwies, der Erblasser jedoch nicht die Absicht hatte, ein eigenhändiges Testament zu errichten. In einem solchen Fall ist trotz des Vorhandenseins der äußerlichen Testamentsformen kein gültiges Privattestament zustandegekommen. Vielmehr handelt es sich lediglich um einen Entwurf zu einem öffentlichen Testament. Demnach steht es auch außer Zweifel, daß, falls eine derartige Schrift nach § 2238 übergeben wurde, die Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung die vollständige Wirkungslosigkeit des Testaments zur Folge hat.

Die Annahme nun, daß ein *wirksames* eigenhändiges Testament in der Form des § 2238 Abs. 1, 2. Halbs., einem Richter oder Notar übergeben wird, ist nicht nur rein theoretischer Natur, wie Küntzel[1] meint, sondern kann in der Praxis täglich vorkommen. Dagegen kann man insbesondere nicht anführen, daß ein Verwahrungsbeamter die Übernahme des eigenhändigen Testaments gemäß § 2238 Abs. 1, Halbs. 2, mit einem Hinweis auf die Vorschrift des § 2248 verweigern würde. Einmal kann der Verwahrungsbeamte in vielen Fällen gar nicht erkennen, welche Form die übergebene Schrift aufweist; diese kann ihm auch in einem verschlossenen Umschlag ausgehändigt werden. Zum anderen ist er zu einer Ablehnung der Übernahme nach dem Gesetz nicht berechtigt und er könnte sich durch die Weigerung zur Entgegennahme des Testaments der Gefahr aussetzen, die Errichtung einer gültigen letztwilligen Verfügung zu vereiteln. Denn es ist durchaus möglich, daß das eigenhändige Testament mit einem dem Verwahrungsbeamten unsichtbaren Mangel behaftet ist, der zur Anfechtung berechtigt[2]. Erfolgt dann diese Anfechtung später, so würde das nach § 2248 übergebene Testament unwirksam werden, das nach § 2238 übergebene dagegen nicht, weil es mit der Übergabe gemäß § 2238 als öffentliches Testament neu errichtet worden wäre.

Für den Fall, daß ein eigenhändiges Testament gemäß § 2238 in amtliche Verwahrung gebracht ist, vertritt nun Strohal[3] die Ansicht, daß durch die später erfolgte Rückgabe das Testament nicht schlechthin jede Wirksamkeit verliert, sondern daß es bei entsprechendem Willen des Erblassers nur als öffentliches aufgehoben wird, als eigenhändiges dagegen bestehen bleibt. Strohal geht dabei von der Erwägung aus, daß mit der öffentlichen Formalisierung das eigenhändige Testament als solches nicht kraftlos geworden sei. Das gehe aus keiner Bestimmung des Gesetzes hervor. Das hinterlegte Testament verkörpere daher gleichzeitig sowohl ein privates als auch ein

[1] Gruch. Bd. 41 S. 603.
[2] Ahammer S. 23.
[3] Strohal § 42 III 3 d; Crome § 648, 4 u. Anm. 75; Hellmann 223.

öffentliches Testament. Werde es aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben, so verliere es nur den Charakter des öffentlichen Testaments, bleibe dagegen als eigenhändiges weiter bestehen. Denn durch die Rückgabe seien die Formbestandteile des eigenhändigen Testaments nicht mitbetroffen worden. Die Hinterlegung gehöre nicht zum Bestandteil des privaten Testaments. Sie sei nur erfolgt, weil sie dem Erblasser aus besonderen Gründen, etwa der Sicherheit halber oder weil es ortsüblich war, wünschenswert erschien. Es sei daher nicht einzusehen, weshalb das eigenhändige Testament, das nach wie vor den Formerfordernissen des § 2231 Ziff. 2 genüge, als aufgehoben gelten solle.

Gegen diese Ansicht wendet sich die überwiegende Anzahl der übrigen Schriftsteller[1], denen ich mich anschließe. Danach ist das Testament durch die Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung völlig aufgehoben. Es gilt also insbesondere nicht als eigenhändiges weiter, und zwar auch nicht, wenn der Erblasser dies gewollt hat. Denn aus der Tatsache, daß der Erblasser die Form des § 2238 und nicht diejenige des § 2248 benutzt hat, geht hervor, daß er nicht die Absicht hatte, das Testament als eigenhändiges weitergelten zu lassen, sondern daß er es als öffentliches errichten wollte. Zu einem solchen ist es dann auch geworden. Damit hat es aber gleichzeitig seinen Charakter als eigenhändiges Testament verloren, denn es ist nicht möglich, daß ein Testament sowohl den Charakter eines öffentlichen als auch den eines privatschriftlichen in sich birgt. Das ist, soweit nur ein eigenhändiges Testament vorliegt, ohne weiteres klar. Aber auch im umgekehrten Fall trifft diese Behauptung zu. Denn wenn ein privates Testament in der Form des § 2238 als öffentliches errichtet wird, verliert es mit dem Errichtungsakt seinen privatschriftlichen Charakter. Es geht als übergebene „Schrift" ganz in der Form des vor einem Richter oder Notar errichteten Testaments auf.[2] Erfolgt nun die Rückgabe, so lebt dadurch das eigenhändige Testament nicht wieder auf. Das widerspräche den für die Errichtung eines Testaments gegebenen strengen Formvorschriften. Folglich hat die Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung den vollständigen Widerruf des Testaments gemäß § 2256 zur Folge.

Zu demselben Ergebnis würde man übrigens auch aus einem anderen Grunde kommen, wenn man, wie Strohal, die Ansicht verträte, daß das übergebene Testament sowohl ein öffentliches als auch ein eigenhändiges darstellte. Dieser andere Grund ergibt sich unmittelbar aus § 2256. Die Wirkung des Widerrufs gemäß § 2256 richtet

[1] Cosack Bd. II § 386 I 3 a; Staudinger zu § 2253/57 III C; Boehm § 64, Anm. 1; Leonhard zu § 2256 II A; Dernburg § 40 Anm. 15; Meyer § 49 Anm. 22; Kretzschmar § 21 II 3 b. A. A. Strohal § 42 III Anm. 18.

[2] Grünbaum S. 48.

sich gegen den *Inhalt* der letztwilligen Verfügung, nicht gegen die äußere Form. Also wird das Testament in seinem Inhalt aufgehoben. Das bedeutet aber, daß es vollkommen gleichgültig ist, ob die Form des eigenhändigen Testaments bestehen bleibt oder nicht. Denn es liegen auch nach der Ansicht von Strohal ja nicht zwei Verfügungen vor, nämlich eine private und eine öffentliche, sondern nur eine, die nur gleichzeitig zwei Errichtungsformen aufweist. Diese *eine* Verfügung ist aber ihrem Inhalt nach widerrufen und damit völlig wirkungslos geworden.

Dazu kommt, daß das hier gewonnene Ergebnis auch in praktischer Hinsicht das bessere ist. Denn zu welcher Rechtsunsicherheit würde es führen, wenn bei einer Rückgabe eines nach § 2238 übergebenen Testaments immer erst geprüft werden müßte, ob der Erblasser auch nicht die Absicht gehabt hat, das Testament als eigenhändiges weiter gelten zu lassen. Auch liegt in der vertretenen Ansicht keine Härte. Will der Erblasser tatsächlich das Testament als privatschriftliches bestehen lassen, so braucht er sich nur der leichten Mühe zu unterziehen, es neu zu datieren.

Wie bereits erwähnt wurde, ist die Wirkung des Widerrufs gemäß § 2256 an die Rückgabe des Testaments aus der amtlichen Verwahrung geknüpft. Diese Rückgabe muß *an den Erblasser persönlich* auf *dessen Verlangen* erfolgen.

Allerdings geht das nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor. Von beiden Punkten ist im Abs. II des § 2256 die Rede. Es heißt dort: „Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen. Die Rückgabe darf nur an den Erblasser erfolgen."

Einmal ist nun im Satz 1 nicht klar zum Ausdruck gebracht, daß das Rückgabeverlangen des Erblassers zur Herbeiführung des Widerrufs unbedingt erforderlich ist. Denn dann hätte die betreffende Stelle etwa lauten müssen: „Erforderlich ist, daß der Erblasser die Rückgabe verlangt; das Verlangen kann jederzeit gestellt werden." Allerdings läßt sich andererseits aus dem Wörtchen „kann" auch nicht die Schlußfolgerung ziehen, daß das Verlangen des Erblassers nicht notwendig sei, daß es also in dessen Belieben stehe, ob er das Verlangen stellen wolle oder nicht. Das Wort „kann" bezieht sich nämlich nicht auf „Verlangen", sondern auf „jederzeit".

Wenn nun aber aus dem Text des Gesetzes auch nicht ausdrücklich hervorgeht, daß zur Herbeiführung des Widerrufs das Rückgabeverlangen des Erblassers Voraussetzung des Widerrufs ist, so ergibt sich dies doch immerhin aus seinem Sinn und aus seiner Beziehung zum Abs. I. Die Absätze I und II des § 2256 stehen innerlich in engem Zusammenhang. Anderenfalls wäre es ja auch unverständlich,

weshalb der Gesetzgeber die Bestimmungen des Abs. II in den § 2256 eingefügt hat. Und zwar geht aus der Ausdrucksweise des Abs. II hervor, daß das Verlangen des Erblassers, das, wie § 2256 II sagt, jederzeit gestellt werden kann, für die Rückgabe des Testaments als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Daß der § 2256 in diesem Sinne aufgefaßt werden muß, erhellt auch aus seiner Entstehungsgeschichte. Im Entwurf I § 1935 ist ausdrücklich gesagt worden, daß das Testament „auf Verlangen des Erblassers" herauszugeben ist. Diese Fassung wurde später geändert. Eine materielle Änderung ist dadurch aber nicht eingetreten. Das würde in den Protokollen Erwähnung gefunden haben[1]. Vor allem entspricht es der rechtlichen Natur der Verwahrung eines Testaments, die zur amtlichen Pflicht der Behörde gehört, daß eine Herausgabe nur auf Verlangen des Erblassers erfolgen darf. Hiernach ist zur Rückgabe und damit zum Widerruf des Testaments das Rückgabeverlangen des Erblassers unbedingt zu erfordern.[2]

Ebenso ist die Rückgabe an den Erblasser *persönlich* notwendig.[3] Zwar könnte man wegen der Fassung des Abs. II S. 2 in dieser Hinsicht gewisse Bedenken haben. Durch das Wörtchen „darf" wird nämlich im allgemeinen kundgetan, daß es sich nur um eine Ordnungsvorschrift handelt, deren Verletzung eine bestimmte gesetzliche Wirkung nicht zu beeinträchtigen vermag. Jedoch ist das Gesetz in seiner Terminologie nicht immer konsequent.[4] So kommt es verschiedentlich vor, daß trotz des Ausdrucks „darf" eine Mußvorschrift gegeben ist. Ob einer gesetzlichen Bestimmung diese Bedeutung beigemessen werden muß, kann sich aus den verschiedensten Gründen und Beweismomenten ergeben. Einen Anhaltspunkt bietet oft die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Die Fassung des § 2256 II S. 2 war schon in den Entwürfen dieselbe wie heute. In den Motiven[5] dazu wird gesagt, daß die Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Vertretung bei der Entgegennahme der Urkunde zu verneinen sei. Weiter heißt es dort: „Deshalb wird bestimmt, die Herausgabe *müsse* an den Erblasser persönlich erfolgen; ein praktischer Übelstand ist in dieser Beziehung nicht zu besorgen, da im Wege eines behördlichen Ersuchens eine unmittelbare Rückgabe stets bewirkt werden kann." Die Motive bringen also zum Ausdruck, daß § 2256 S. 2 als Mußvorschrift anzusehen ist. An dieser Auffassung über Inhalt und Rechtsnatur des

[1] So auch Planck zu § 2256 Bem. 2 Abs. 1; Strohal § 42 III Anm. 15.

[2] Dernburg § 40 VI; Leonhard zu § 2256 II B; Strohal § 42 III 3 b; Planck zu § 2256 Bem. 2.

[3] Planck zu § 2256 Anm. 2; RGRKomm. zu 2256 Anm. 4; Frommhold zu § 2256 Anm. 1; Staudinger zu § 2252/57 III C; Dernburg § 37 III; Boehm S. 201; Eichhorn S. 102. A. A. Leonhard § 2256 II C.

[4] Planck a. a. O.

[5] Mot. V S. 303.

§ 2256 II S. 2 ist auch später nichts geändert worden. Das geht vor allem aus der Ablehnung eines abändernden Antrages der zweiten Kommission hervor[1]. Dieser Antrag bezweckte, die Sätze 2 und 3 des § 1935 in folgende Form zu fassen: „. . . . . soll die Herausgabe an einen Bevollmächtigten erfolgen, so bedarf dieser einer besonderen auf die Empfangnahme gerichteten Vollmacht, die Vollmacht muß öffentlich beglaubigt sein. Mit der Empfangnahme der Urkunde durch den Erblasser oder den Bevollmächtigten ist das Testament aufgehoben." Die Ablehnung des Antrags erfolgte mit der Begründung, daß die Rücknahme einer letztwilligen Verfügung aus der amtlichen Verwahrung wegen der an sie geknüpften Widerrufsfolgen ein so wichtiger Akt sei, daß es gerechtfertigt erscheine, einen unmittelbaren Verkehr des Erblassers mit der Behörde zu verlangen.

Aus den angeführten sachlich übereinstimmenden Stellen der Motive und der Protokolle geht hervor, daß § 2256 II S. 2 eine Mußvorschrift darstellt.[2] Infolgedessen hat in jedem Fall die Rückgabe an den Erblasser persönlich zu erfolgen.[3]

Die Aufstellung eines derartig strengen Formerfordernisses rechtfertigt sich aus der Tragweite der Rückgabe des öffentlichen Testaments. Außerdem spricht für die Berechtigung dieser Vorschrift ein sehr wichtiger praktischer Grund, auf den Grünbaum[4] hinweist. Es ist vielfach nicht bekannt, daß die Rückgabe eines öffentlichen Testaments aus der amtlichen Verwahrung seinen Widerruf zur Folge hat. Daher weist der Verwahrungsbeamte im allgemeinen auf diese Wirkung hin.[5] Der zur persönlichen Entgegennahme des Testaments verpflichtete Erblasser bleibt infolgedessen in vielen Fällen vor den ihm unter Umständen unerwünschten Folgen des § 2256 bewahrt.

Als Ergebnis dieser Untersuchungen ist zusammenfassend festzustellen, daß die Wirkung des Widerrufs an zwei objektive Voraussetzungen geknüpft ist, nämlich:

1. an das Rückgabe*verlangen* des Erblassers,
2. an die *Rückgabe* des Testaments an den Erblasser *persönlich.*

Im einzelnen läßt sich über die beiden Erfordernisse noch folgendes ausführen:

---

[1] Prot. S. 354.

[2] Ebenso: Staudinger zu § 2253/57 III C; Planck zu 2256 Bem. 2; Crome § 655 Anm. 45; Dernburg § 37 III; Eichhorn S. 102. A. A.: Leonhard zu § 2256 II C; Strohal nimmt an, daß es genügt, wenn der Erblasser die Urkunde überhaupt auf irgend eine Art persönlich erlangt.

[3] Das ergibt sich übrigens außerdem auch noch aus § 2064, der hier Anwendung findet, da die Widerrufsart des § 2256 vom Gesetz sachlich als letztwillige Verfügung behandelt wird.

[4] Grünbaum S. 71.

[5] In Bayern sind die Notare sogar zur Aufklärung verpflichtet. Bayr. Not.-Geschäftsordnung vom 24. 12. 1899, § 240 Abs. V. Eine ähnliche Bestimmung wäre für alle anderen Länder wünschenswert.

Zu 1.

Das *Rückgabeverlangen* ist jederzeit möglich (§ 2256 Abs. II S. 2). Es stellt seiner rechtlichen Natur nach einen Antrag dar, der vom Erblasser in jeder beliebigen Form (mündlich, schriftlich oder zu Protokoll des Urkundsbeamten) an die zuständige Verwahrungsstelle[1] gerichtet werden kann.

Das Recht auf Rückgabe selbst bildet einen Ausfluß des dem Erblasser als Eigentümer der Urkunde zustehenden Verfügungsrechts. Der Erblasser ist trotz der amtlichen Verwahrung Eigentümer des Testaments geblieben. Zwischen ihm und der Verwahrungsbehörde besteht ein dem Verwahrungsvertrag ähnliches Rechtsverhältnis. Ein Verwahrungsvertrag selbst liegt nicht vor. Dazu fehlt es an einer übereinstimmenden Privatwillenserklärung beider Parteien, die auf den Abschluß des Verwahrungsvertrags gerichtet ist. Die Verwahrung des öffentlichen Testaments erfolgt nicht, weil der Erblasser sie will, sondern weil das Gesetz im § 2246 vorschreibt, daß das öffentliche Testament in amtliche Verwahrung gebracht werden soll, ohne daß dabei der Wille des Erblassers irgendwelche Berücksichtigung findet. Es handelt sich jedoch um ein dem Verwahrungsvertrag ähnliches Rechtsverhältnis, denn die staatliche Behörde verwahrt das Testament immerhin für den Erblasser in seinem Interesse. Daraus folgt übrigens auch, daß dieser jederzeit berechtigt sein muß, die Herausgabe zu verlangen. Das gilt nicht nur hinsichtlich des gültigen Testaments, sondern auch dann, wenn der Erblasser das öffentliche Testament bereits nach § 2254—58 aufgehoben hat oder wenn dessen Wirksamkeit nach § 2252 erloschen ist.[2] Auch in diesen Fällen kann der Erblasser noch ein Interesse daran haben, das Testament wieder in seinen Besitz zu bringen, etwa um es dann zu vernichten, damit sein Inhalt später nicht bekannt wird.

Wird nun das Verlangen auf Rückgabe gestellt, so ist der Verwahrungsbeamte verpflichtet, das Testament herauszugeben. Aber auch nur dann! In allen anderen Fällen hat er die Verwahrung bestehen zu lassen. Das ergibt sich aus der Tatsache, daß das Testament noch im Eigentum des Erblassers steht. Der Verwahrungsbeamte kann nicht berechtigt sein, über fremdes Eigentum Verfügungen zu treffen, ohne dazu beauftragt worden zu sein. Also ist die Rückgabe auf Verlangen des Erblassers die einzige rechtmäßige Art der Aufhebung der Verwahrung. Kommt die Urkunde ausnahms-

[1] Das sind meistens die Amtsgerichte, so z. B. in Preußen; in Bayern die Notare, in Lübeck und Württemberg, Notare und Amtsgerichte; vergl. genaue Übersicht bei Staudinger zu § 2246 3 c.

[2] Planck zu § 2256 Bem. 3; Mot. V S. 302.

weise einmal auf andere Weise aus der Verwahrung,[1] z. B. durch das Versehen eines Beamten (Vertauschen zweier Testamente) oder durch eine rechtswidrige Handlung eines Dritten, so tritt dadurch eine Aufhebung nicht ein,[2] und zwar auch dann nicht, wenn die Urkunde in die Hände des Erblassers gelangt und dieser sich nachträglich mit der Rückgabe einverstanden erklärt. Denn da das Verlangen der Rückgabe zu den unbedingten Voraussetzungen des Widerrufs gemäß § 2256 gehört, kann eine solche Genehmigung nicht genügen.[3]

Das Rückgabeverlangen genügt ausnahmsweise in einem Falle *allein*, um den Widerrufseffekt herbeizuführen. Dann handelt es sich aber nicht um einen Widerruf gemäß § 2256, sondern um einen solchen gemäß § 2254. Es ist dazu erforderlich, daß der Antrag schriftlich in der Form eines Testaments gestellt ist und daß sein Inhalt klar zu erkennen gibt, daß bereits im Zeitpunkt seiner Errichtung der Aufhebungswille vorhanden war.

Zu 2.

Die *Rückgabe* muß aus der *amtlichen Verwahrung* erfolgen. Das geht aus dem Wortlaut des Gesetzes eindeutig hervor, denn es handelt sich um die Rückgabe der „in amtliche Verwahrung genommenen Urkunden". Die amtliche Verwahrung des § 2256 ist identisch mit der „besonderen amtlichen Verwahrung" des § 2246. Denn aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber im § 2256 den Begriff amtliche Verwahrung ohne jede nähere Erläuterung verwendet, ist zu schließen, daß dieser Begriff vorher bereits im Gesetz klargelegt worden ist. Das kann nur durch § 2246 erfolgt sein, der sich allein mit der Verwahrung des öffentlichen Testaments beschäftigt.[4] Die nähere Regelung der „besonderen amtlichen Verwahrung" ist gemäß § 200 FGG. dem Landesrecht überlassen. In Ausführung dieser Bestimmung haben die einzelnen Landesgesetze in der Regel die Amtsgerichte als zuständige Verwahrungsstellen bezeichnet.[5]

Es erhebt sich nun die Frage, ob ein Widerruf nach § 2256 auch schon dadurch eintreten kann, daß der Notar oder der beurkundende Richter das Testament, bevor er es überhaupt an die amtliche Verwahrungsstelle abgeliefert hat, an den Erblasser auf dessen Verlangen zurückgibt.

Über die Behandlung eines derartigen Falles herrscht in der Literatur lebhafter Streit. Die Rechtsprechung hat sich dagegen anscheinend noch nicht mit der gestellten Frage beschäftigt. Es

[1] Küntzel in Gruch Bd. 41/600 ff. bestreitet zu Unrecht, daß ein solcher Fall im Bereich der Möglichkeit liegt.
[2] Wie bereits erwähnt wurde, ist die amtliche Verwahrung keine unerläßliche Voraussetzung für die Wirksamkeit eines öffentlichen Testaments.
[3] Ahammer S. 24.
[4] So auch Grünbaum S. 59. A. A. Leonhard zu § 2256 II E.
[5] Vgl. Anm. 1 zu S. 61.

wird auch wohl in der Praxis nur selten vorkommen, daß ein Erblasser unmittelbar nach Errichtung eines öffentlichen Testaments, also nach Vornahme eines Aktes, den er sich im allgemeinen reiflich überlegt haben wird, das Testament endgültig zurückverlangt. Immerhin ist ein solcher Fall aber möglich.

Vorweg soll die Frage geprüft werden, ob ein Notar oder beurkundender Richter überhaupt berechtigt ist, die Testamentsurkunde an den Erblasser zurückzugeben.

Nach § 2246 ist dem Notar bzw. Richter zwingend vorgeschrieben, das vor ihm errichtete öffentliche Testament in die nach Landesrecht geregelte besondere amtliche Verwahrung zu bringen. Daraus zieht die überwiegende Anzahl der Schriftsteller[1] mit Recht den Schluß, daß der Notar oder Richter das Testament auf keinen Fall an den Erblasser zurückgeben darf. Eine solche Verfügung über die Urkunde würde dem durch das Gesetz zum Ausdruck gebrachten Willen widersprechen.

Anderer Ansicht sind Bödicker,[2] Benkard,[3] Jastrow[4] und Wäntig.[5]

Bödicker stützt sich u. a. auf den Entwurf des Preußischen Ausführungsgesetzes zum BGB. Art. 79.[6] Daraus soll hervorgehen, daß dem Notar eine bestimmte Frist zur Ablieferung des Testaments nicht gesetzt sei, weil „für eine abweichende Bestimmung *des Erblassers* Raum bleiben sollte". Dieser könne also insbesondere bestimmen, daß das Testament an ihn zurückzugeben sei. Dagegen ist einzuwenden, daß die Motive zu einem landesrechtlichen Gesetz für eine reichsrechtliche Bestimmung nur geringe Beweiskraft haben. Außerdem hat Bödicker aber auch die angeführte Stelle der Motive falsch ausgelegt. Nachdem dort nämlich von der Pflicht des Notars zur alsbaldigen Ablieferung des Testaments die Rede ist, heißt es in einem nächsten Satz weiter: „Dem Notar eine Frist zu setzen und ihn zur persönlichen Ablieferung zu verpflichten, erscheint daneben nicht erforderlich. *Auch hier* soll übrigens für eine abweichende Bestimmung des Erblassers Raum bleiben." Dieser letzte Satz, auf den Bödicker seine Ansicht gründet, steht in engem Zusammenhang mit den im Text angeführten unmittelbar vorhergehenden Ausführungen, die von dem Ort der Aufbewahrung handeln und bezieht sich selbst unmittelbar nur auf das Erfordernis der persönlichen Ablieferung durch den Notar. In den vorhergehenden Ausführungen wird dem

[1] Kipp § 14 VII; Planck zu § 2256, 3 und zu § 2246, 1; Leonhard zu § 2246 VI, zu § 2256 V; RGRKomm. zu § 2256, Anm. 2; Eichhorn S. 102; Wilke zu § 2256 Anm. 5; Riemann in Recht 1909 Sp. 208.

[2] DJZ 1900 S. 500.

[3] Z. d. Not. Ver. 1903 S. 116 ff.

[4] Formularbuch zu § 2255 u. zu § 2256 Erl. 2.

[5] Not. Ver. Ztg. 1908 S. 632 ff.; vgl. auch Kretzschmar § 21 II 3 c.

[6] Entwurf eines Ausführungsgesetzes zum BGB. nebst Begründungen S. 193.

Erblasser die Befugnis eingeräumt, jederzeit verlangen zu können, daß das Testament an einem anderen als dem an sich zuständigen Ort aufbewahrt wird. Dieses Recht soll nun nicht dadurch praktisch illusorisch werden, daß der Notar das Testament ausnahmslos persönlich abliefern muß, also sich keines Boten, auch nicht der Post usw., bedienen darf. Denn dann würde dem Wunsch des Erblassers nach Aufbewahrung an einem fremden Ort vielfach aus rein praktischen Gründen nicht entsprochen werden können. Um diesem Übelstand zu entgehen, ist bestimmt, daß auch „hier für eine abweichende Regelung des Erblassers Raum bleiben soll". Ein anderer Sinn kann der betreffenden Stelle nicht beigelegt werden.

Ein weiteres Argument, das Bödicker und übrigens auch Benkard gegen die herrschende Lehre anführen, stützt sich auf § 2246. Beide Schriftsteller führen aus, daß diese Vorschrift eine Ordnungsvorschrift sei. Daraus sei die Schlußfolgerung zu ziehen, daß es im Ermessen des Erblassers stehe, ob sie eingehalten werden solle oder nicht. Bödicker und Benkard verkennen dabei jedoch, daß „Ordnungsvorschrift" nicht gleichbedeutend ist mit „dispositiver Vorschrift". Auch Ordnungsvorschriften sind zwingender Natur, denn sie schreiben vor, daß eine bestimmte Handlung vorgenommen werden „soll", nicht nach Belieben vorgenommen werden „kann". Daß die Verletzung einer Sollvorschrift andere Folgen zeitigt als diejenige einer Mußvorschrift, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Die Ausführungen von Benkard und Bödicker vermögen daher die Ansicht, daß der Notar oder Richter das Testament nicht an den Erblasser zurückgeben darf, nicht zu widerlegen.

Jastrow[1] begründet seine Ansicht damit, daß die amtliche Verwahrung des § 2256 nicht mit der besonderen amtlichen Verwahrung des § 2246 identisch sei, daß vielmehr auch schon die Inbesitznahme des Testaments durch den Notar als amtliche Verwahrung angesehen werden müsse. Daher ergebe sich direkt aus § 2256 die Verpflichtung des Notars zur Rückgabe, falls der Erblasser ein entsprechendes Verlangen stelle und ferner als Wirkung dieser Rückgabe der Eintritt des Widerrufs.

Die Identität der in Frage kommenden Begriffe ist jedoch oben bereits nachgewiesen worden.[2] Im übrigen widerspricht Jastrow sich selbst. In den Ausführungen zu § 2246 Anm. 3 sagt er: „Von der Beobachtung des § 2246 darf auch auf Verlangen des Erblassers nicht abgesehen werden." Dann kann er andererseits zu § 2256 nicht eine gegenteilige Ansicht vertreten!

[1] Formularbuch.
[2] Vgl. S. 62.

Wäntig[1] nimmt an, daß der Notar zwar grundsätzlich zur Rückgabe des Testaments an den Erblasser nicht berechtigt sei. Er macht jedoch eine Ausnahme für den Fall des Herausgabeverlangens zum Zwecke des Widerrufs gemäß § 2255. Nach § 2255 stehe dem Erblasser das unbeschränkte materielle Recht zu, sein Testament jederzeit zu widerrufen. § 2255 enthalte somit eine Ausnahmebestimmung zu § 2246. Wenn daher der Erblasser ein entsprechendes Verlangen stelle, sei der Notar zur Rückgabe der Urkunde verpflichtet. Allerdings müsse aus Rechtssicherheitsgründen mit dem Verlangen auf Rückgabe das Versprechen des Erblassers verbunden sein, das Testament in Gegenwart des Notars zu vernichten.

Diese Folgerung, die Wäntig aus dem im § 2255 gewährten Recht zum Widerruf zieht, muß als zu weitgehend abgelehnt werden. Allerdings tritt ein Widerruf immer ein, wenn an einem Testament eine der im § 2255 bezeichneten objektiven Entwertungshandlungen in Aufhebungsabsicht vorgenommen wird. Dabei ist es insbesondere gleichgültig, ob der Erblasser den Besitz der Urkunde auf rechtmäßige oder auf widerrechtliche[2] Weise erlangt hat. Aus der Tatsache der jederzeitigen Wirksamkeit des Widerrufs läßt sich aber noch nicht ein Recht auf Rückgabe der Urkunde ableiten. Die Vorschrift des § 2255 besagt lediglich, daß der Erblasser ein Testament widerrufen kann, das er in seinem Besitz und damit in seiner Verfügungsgewalt hat. Sie gibt ihm aber nicht das Recht, sich diesen Besitz erst zu verschaffen. Also steht dem § 2246 kein materielles Recht aus § 2255 entgegen. Auch die Motive,[3] die Wäntig zur Begründung seiner Ansicht heranzieht, vermögen nicht deren Richtigkeit zu beweisen. In den Motiven ist erwähnt, daß dem Erblasser nicht gestattet werden könne, das Testament selbst zu verwahren und es zu diesem Zweck vom Notar herauszuverlangen. Wäntig folgert nun aus der Tatsache, daß ein Rückgabeverbot lediglich für einen Spezialfall hervorgehoben sei, daß die Herausgabe in anderen Fällen, also insbesondere, wenn der Erblasser sie zum Zwecke des Widerrufs verlangt, erfolgen dürfe.

Diese Schlußfolgerung ist jedoch nicht unbedingt berechtigt. Die Einbringung der öffentlichen Urkunde in die amtliche Verwahrung hat unverzüglich[4] zu geschehen. Folglich müßte das Rückgabeverlangen an den Notar bereits unmittelbar nach der Errichtung des Testaments gestellt werden. Wie bereits angedeutet wurde, wird ein solcher Fall nur äußerst selten vorkommen. Es darf daher mit Recht angenommen werden, daß die Gesetzgeber gar nicht an eine der-

[1] Wäntig, Not.-Ver.-Ztg. 1908 S. 632 ff.
[2] Z. B. durch widerrechtliche Verschaffung des Testamentes aus der amtlichen Verwahrung oder durch Rückgabe vom Notar.
[3] Mot. V S. 296.
[4] Das liegt im Sinne der Ordnungsvorschrift des § 2246.

artige Möglichkeit gedacht haben. Hätten sie es getan, so wäre die Unrechtmäßigkeit der Rückgabe auch für diesen Fall hervorgehoben worden. — Die Unzulässigkeit einer Rückgabe des Testaments durch den Notar ist besonders aus Rechtssicherheitsgründen geboten. Denn wer bürgt dafür, daß nach erfolgter Rückgabe das Testament auch wirklich vernichtet wird? Das bloße Versprechen des Erblassers genügt jedenfalls nicht, weil im Falle eines Nichteinhaltens keine Möglichkeit bestände, ihn durch irgendwelche Zwangsmittel zur Erfüllung des Versprechens oder zur Rückgabe des Testaments zu zwingen.

Wenn schließlich Wäntig seine Ansicht darauf stützt, daß bei Nichtgestattung der Rückgabe durch den Notar ein Widerruf des Testaments viel zu umständlich sei, unter Umständen sogar durch die eintretende Verzögerung verhindert werden könne, z. B. weil der Erblasser inzwischen stirbt, so ist dem entgegenzuhalten, daß aus solchen praktischen Gründen eine klare, zwingende Vorschrift noch nicht einfach unbeachtet gelassen werden darf. Außerdem ist die Gefahr der Verhinderung eines Widerrufs gar nicht so groß. Denn es besteht immer noch die Möglichkeit, das Testament gemäß § 2254 oder gemäß § 2258 aufzuheben.

Als Eergebnis ist also festzustellen, daß der Notar oder der beurkundende Richter nicht das Recht haben, dem Erblasser das öffentlich errichtete Testament zurückzugeben. Daher wird auch die Frage, ob durch eine derartige Rückgabe eine Aufhebung des Testaments erfolgt ist, nicht häufig praktisch werden.

Erfolgt aber doch einmal trotz der Unzulässigkeit einer solchen Handlung eine Rückgabe des Testaments durch den Notar oder den beurkundenden Richter, so tritt dadurch ein Widerruf gemäß § 2256 nicht ein. Der Widerruf im Sinne des § 2256 setzt voraus, daß die Rückgabe aus der *amtlichen Verwahrung* vorgenommen wird. Diese amtliche Verwahrung ist, wie oben bereits dargelegt wurde,[1] mit der besonderen amtlichen Verwahrung des § 2246 identisch. Gemäß § 200 FGG. sind die amtlichen Verwahrungsstellen durch Landesgesetz näher bestimmt worden. Eine „amtliche Verwahrung" liegt nun in allen Fällen aber niemals vor, wenn der Notar oder beurkundende Richter das Testament empfangen hat und es noch nicht in der ordnungsmäßigen Form an die zuständigen Dienststellen weitergeleitet hat. Die sofortige Rückgabe des Testaments durch den Notar oder beurkundenden Richter kann daher einen Widerruf im Sinne des § 2256 nicht zur Folge haben.

Die nähere Ausführung der Rückgabe bestimmt sich nach Landesrecht.[2] In Preußen haben dabei der Richter und der Urkundsbeamte

[1] Vgl. S. 62.
[2] Vgl. insbesondere für Preußen Art. 81 § 3 Abs. 1 u. 2 des Ausf.-Ges. zum BGB.

der Geschäftsstelle mitzuwirken. Die Rückgabe selbst erfolgt in einem besonders anberaumten Termin und erstreckt sich auf das Testament sowie auf alle damit zusammenhängenden Urkunden einschließlich des über die Errichtung aufgenommenen Protokolls. Eine Aufnahme eines Protokolls über die Zurücknahme ist nicht vorgeschrieben, dürfte sich aber vor allem deshalb empfehlen,[1] weil in der Unterschrift durch den Erblasser eine Quittung für die Inempfangnahme des Testaments zu erblicken ist.

Da die Rückgabe des Testaments an den Erblasser *persönlich* erfolgen muß,[2] tritt der Widerruf nicht ein, wenn das Testament einem Boten oder Stellvertreter des Erblassers ausgehändigt wird. Ist der Erblasser aus irgendwelchen Gründen (z. B. wegen Krankheit) nicht in der Lage, sich zu der an seinem Wohnort befindlichen Verwahrungsstelle zu begeben, so muß man den Verwahrungsbeamten für verpflichtet halten, seinerseits mit dem Testament den Erblasser aufzusuchen.[3] Das wird im allgemeinen keine großen Schwierigkeiten bieten. Befindet sich das Testament an einer Hinterlegungsstelle, die vom Aufenthaltsort des Erblassers weiter entfernt liegt, so besteht die Möglichkeit, eine Rückgabe im Wege der Rechtshilfe durch ein Ersuchen an das näher gelegene Amtsgericht herbeizuführen.

Das Erfordernis der persönlichen Entgegennahme des Testaments durch den Erblasser hat zur Folge, daß der Verwahrungsbeamte die Identität des Antragstellers mit dem Erblasser nachprüfen muß. Weiterhin ist er verpflichtet, sich Gewißheit über dessen Widerrufsfähigkeit zu verschaffen. Denn auf den privatrechtlichen Bestandteil des Widerrufs, also auf die Willenserklärung, die auf die Beseitigung des Verwahrungsverhältnisses gerichtet ist, finden die Vorschriften über letztwillige Verfügungen Anwendung.[4] Daher sind insbesondere die Vorschriften über die Widerrufsfähigkeit (§§ 2229, 2253 Abs. 2) zu beachten.

Die Widerrufsfähigkeit des Erblassers muß im Zeitpunkt der Rückgabe des Testaments vorhanden sein. Da jedoch anzunehmen ist, daß der Erblasser im Augenblick der Rückgabe stillschweigend sein Herausgabeverlangen erneuert, liegt sie damit auch im Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Rückgabe vor. Ist der Erblasser nur im Zeitpunkt der Stellung des Rückgabeverlangens widerrufsfähig, im Zeitpunkt der Rückgabe dagegen nicht, z. B. weil er inzwischen geisteskrank geworden ist, so ist ein Widerruf des Testaments nicht erfolgt. Aus der Tatsache, daß die materielle Wirkung des Wider-

[1] Dabei sind die Formen der §§ 168 ff. FGG. zu berücksichtigen.
[2] Vgl. S. 59 f.
[3] Planck zu § 2256 Bem. 4 b.
[4] Vgl. S. 11.

rufs im Sinne des § 2256 erst im Augenblick der Rückgabe des Testaments eintritt, ist zu folgern, daß eine Widerrufsfähigkeit, die lediglich im Moment der Antragstellung vorliegt, nicht genügen kann, sondern daß sie auf jeden Fall im Augenblick der Rückgabe des Testaments gegeben sein muß.[1]

In subjektiver Hinsicht erfordert § 2256 im Gegensatz zu den Widerrufsarten der §§ 2254, 2255 nicht, daß der Erblasser den *Willen* hat, *das Testament aufzuheben.* Er braucht lediglich den Willen zu haben, *das Verwahrungsverhältnis zu beseitigen.* Dabei ist zu beachten, daß ein auf die endgültige Beseitigung des Verwahrungsverhältnisses gerichteter Wille im allgemeinen nicht vorhanden ist, wenn der Erblasser die Herausgabe des Testaments lediglich verlangt, um aus irgend welchen Gründen Einsicht in die Urkunde zu nehmen oder um eine Veränderung an dem Testament vorzunehmen. Gibt der Erblasser in derartigen Fällen das Testament unmittelbar nach der an Ort und Stelle vorgenommenen Einsichtnahme zurück, so bringt er dadurch zum Ausdruck, daß er den Willen zur endgültigen Aufhebung des Verwahrungsverhältnisses nicht gehabt hat. Ein Widerruf ist daher durch die vorübergehende Aushändigung des Testaments nicht erfolgt.

Sobald dagegen das Testament auf Grund des in dem Herausgabeverlangen des Erblassers zum Ausdruck gekommenen Willens, das Verwahrungsverhältnis aufzuheben, endgültig an diesen zurückgegeben worden ist, *gilt das Testament als widerrufen.* Es handelt sich hier hinsichtlich des Testamentsaufhebungswillens um eine unwiderlegbare Vermutung, um eine Fiktion. Selbst wenn also der Erblasser nachweisbar den Willen gehabt hat, das Testament wirksam bleiben zu lassen, ist ein Widerruf eingetreten. Hat der Erblasser andererseits den Willen gehabt, das Testament aufzuheben, so tritt die aufhebende Wirkung auch nicht etwa deshalb ein, weil sie von ihm gewollt ist, sondern lediglich aus dem Grunde, weil sie eine gesetzliche Folge der objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 2256 ist.

Die Aufhebungsart des § 2256 stellt demnach an sich gar keinen eigentlichen Widerruf im Rechtssinne dar. Denn unter einem Widerruf versteht man die *bewußte und gewollte* Zurücknahme einer früheren Erklärung durch eine neue Willensäußerung. Man kann daher die Aufhebungsart des § 2255 nur als einen „fingierten Widerruf" bezeichnen.

Aus der Tatsache, daß ein Aufhebungswille im Falle des § 2256 nicht vorausgesetzt wird, folgt, daß Willensmängel hinsichtlich des

[1] Ebenso die herrschende Meinung: Frommhold § 2256 Anm. 1; Staudinger zu §§ 2253—2257 III C; Cosack § 386 I 3a; Planck zu § 2256 Bem. 2; Leonhard zu § 2256 II B; Küntzel S. 601; Meyer § 49 Anm. 21; Crome § 655 Anm. 46.

Aufhebungswillens ohne jede Bedeutung für die Rechtslage sind. Insbesondere kann der Erblasser, der in Unkenntnis des § 2256 gehandelt hat, die alsbaldige Aufhebung des Testaments nicht wegen Irrtums anfechten, aber auch nicht wegen angeblicher Täuschung über den Aufhebungserfolg. Willensmängel spielen im Falle des § 2256 nur insoweit eine Rolle, als sie sich auf den durch die Stellung des Herausgabeantrags und durch die Annahme des Testaments geäußerten Willen des Erblassers, die Aufhebung des einem Verwahrungsvertrag ähnlichen Rechtsverhältnisses herbeizuführen, beziehen. So machen ein dem Verwahrungsbeamten bekannter Vorbehalt im Sinne des § 116 Satz 2 sowie eine Schein- oder Scherzerklärung den in der Rückgabe des Testaments liegenden Widerruf nichtig. Eine Anfechtung wegen Irrtums ist möglich, wenn der Erblasser eine Erklärung des betreffenden Inhalts nicht abgeben wollte, wenn er also z. B. versehentlich statt eines Testaments ein zweites ebenfalls hinterlegtes Testament herausverlangt, oder wenn ein Irrtum im Beweggrunde vorliegt (§ 2078 Abs. 2). Eine Anfechtung nach § 2078 Abs. 1 ist beim Widerruf des § 2256 unmöglich. Ist der Erblasser widerrechtlich durch Drohung zur Stellung des Herausgabeverlangens und zur Rücknahme des Testaments genötigt worden, so steht ihm ein Anfechtungsrecht zu.

III. Der Widerruf der Aufhebungsarten

1. Der Widerruf des testamentarischen Widerrufs (§ 2257).

Nach § 2257 ist der durch ein Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung seinerseits widerruflich.[1] Ein derartiger Widerruf eines Widerrufs hat zur Folge, daß „die ursprüngliche Verfügung wirksam ist, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre".

Bei der Bestimmung des § 2257 ist zu beachten, daß nur ein Widerrufstestament im Sinne des § 2254 widerrufen werden kann. Ist also ein Testament durch die Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde oder durch die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung aufgehoben worden, so kann es durch einen Widerruf im Sinne des § 2257 nicht erneut Wirksamkeit erlangen.[2] Der Grund für die Beschränkung der Widerrufsmöglichkeit des § 2257 auf das Widerrufstestament liegt in dem Bestreben des Gesetzgebers, möglichst

[1] Geschichtliche Vorbilder: Sächs. G.B. § 2212. Oesterr. G.B. § 723.

[2] Das Ausradieren von Strichen, das Zusammenkleben zerrissener Urkundenteile usw. hat rechtlich keine Bedeutung.

jede Rechtsunsicherheit im Testamentsrecht zu vermeiden. Gerade der Widerruf eines Widerrufs im Sinne der §§ 2255, 2256 würde „in die Nachlaßregelung des Erblassers höchst unklare und unsichere Tatsachen einschieben, die seinen letzten Willen schwer oder gar nicht erkennen ließen und das vereitelten, was das Gesetz im Gebiete der letztwilligen Verfügungen der Rechtssicherheit wegen im besonders hohen Maße verlangt, nämlich deutliche und strikte Erklärungen[1]". Im Falle des § 2256 kommt noch hinzu, daß das öffentliche Testament mit der Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung eines seiner formellen Erfordernisse verliert, das allerdings zur Gültigkeit des Testaments nicht gefordert wird, dessen Vornahme immerhin aber gemäß § 2246 vorgeschrieben ist. Dieses fehlende formelle Erfordernis kann durch einen bloßen Widerruf nicht ersetzt bzw. erneuert werden. Soll daher der Inhalt eines gemäß § 2255 oder § 2256 widerrufenen Testaments wieder Geltung erlangen, so muß der Erblasser ein diesbezügliches neues Testament unter Berücksichtigung der gesetzlichen Formvorschriften errichten.

Hat ein Erblasser eine letztwillige Verfügung zunächst durch ein Testament im Sinne von § 2254 widerrufen und es dann später vernichtet oder aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen, so führt ein Widerruf des testamentarischen Widerrufs nicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Testaments. Denn in einem solchen Falle ist durch den zweiten Widerruf eine Widerrufsmöglichkeit nach § 2257 ausgeschlossen.[2]

Der Widerruf des testamentarischen Widerrufs kann in jeder der gesetzlichen Widerrufsarten erfolgen.

Eine Streitfrage besteht darüber, ob § 2257 eine zwingende Vorschrift darstellt oder ob der Erblasser die Wirkung dieser Bestimmung ausschließen kann. Boehm, Dernburg, Staudinger, Matthias, Peiser, Crome und RGRKomm.[3] vertreten die Ansicht, daß der Inhalt des § 2257 dispositiver Natur ist. Zur Begründung dieser Ansicht werden die Protokolle[4] herangezogen, in denen zum Ausdruck gebracht ist, daß die Wirkung des § 2257 durch eine ausdrückliche oder eine sich aus den Umständen ergebende Willensmeinung des Erblassers abgewandt werden kann.

Diese Bemerkung in den Protokollen ist jedoch richtiger dahin zu deuten, daß der Erblasser nicht die *Wirkung*, sondern nur den *Umfang* des Widerrufs bestimmen kann. Aus der Fassung der Vorschrift des § 2257: „So ist die Verfügung wirksam", ist nämlich zu entneh-

[1] Grünbaum S. 77, vergl. auch Mot. V S. 298, 299.
[2] Grünbaum S. 78/79.
[3] Boehm § 64 II; Dernburg § 40 III; Staudinger zu §§ 2253—2257 IV; Matthias § 278 III; Peiser § 8 IV; Crome § 655 Anm. 23; RGRKomm. zu § 2257 Bem. 2.
[4] Prot. V S. 353.

men, daß die Wirkung des Widerrufs eines Widerrufstestaments mit zwingender Kraft eintritt. Also kann der Wille des Erblassers keinen Einfluß auf diese Wirkung haben. Dagegen ist der Erblasser ebenso wie bei einem ersten Widerruf in der Lage, den Umfang seines zweiten Widerrufs auf bestimmte Punkte zu beschränken[1], m. a. W. auch im Rahmen des § 2257 ist ein Teilwiderruf möglich. Der Erblasser kann also wohl erreichen, daß nur einzelne Bestimmungen des ursprünglichen Testaments wieder Gültigkeit erlangen, einen völligen Ausschluß der gesetzlichen Wirkungen des § 2257 vermag er dagegen nicht herbeizuführen.

Um nun gewisse Unbilligkeiten zu vermeiden, die sich aus dieser aus dem Gesetz abgeleiteten Rechtsauffassung ergeben könnten, läßt Leonhard[2] die Möglichkeit zu, mit dem Widerruf des Widerrufs einen ausdrücklichen Widerruf des erneut in Kraft getretenen ersten Testaments zu verbinden. Diese Möglichkeit ist innerlich berechtigt und aus praktischen Gründen zu empfehlen. Es stellt außerdem keinen Widerspruch dar, wenn dem Erblasser gestattet wird, mit dem Widerruf des ersten Widerrufs einen Widerruf des ursprünglichen Testaments zu verbinden.[3]

2. Der Widerruf des Aufhebungstestaments im Sinne des § 2258 Abs. 1 (§ 2258 Abs. 2).

Während im § 2257 bestimmt ist, daß der testamentarische Widerruf im Sinne des § 2254 widerrufen werden kann, bestimmt § 2258 Abs. 2, daß auch das widersprechende Testament im Sinne des § 2258 Abs. 1 durch einen späteren Widerruf des Erblassers beseitigt werden kann. Die Widerrufsart des § 2258 Abs. 2 stellt keinen besonderen Anwendungsfall des § 2257 dar, wie Wilke[4] meint. Das ist schon deshalb nicht möglich, weil die Aufhebungsarten der §§ 2254 und 2258 ganz verschieden voneinander sind und zwei selbständige nebeneinander stehende Aufhebungsmöglichkeiten verkörpern.

Ist ein Testament durch ein widersprechendes Testament aufgehoben und dann später im Sinne des § 2255 entwertet oder aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen worden, so ist eine Wiederherstellung des ursprünglichen Testaments durch einen Widerruf im Sinne des § 2258 Abs. 2 aus demselben Grunde wie bei dem bei der Besprechung des § 2257 erwähnten analogen Fall nicht möglich.

---

[1] Im Ergebnis ebenso Planck zu § 2257 Bem. IV; Leonhard zu § 2257 IV; Frommhold § 2257 Anm. 3; Endemann III § 50 Anm. 9 (5. Aufl.); Crome § 655 1 a Anm. 23.

[2] Zu § 2257 IV.

[3] Eine nähere Begründung dieser Ansicht wird von Grünbaum an einem Beispiel in überzeugender Weise dargetan, vgl. Grünbaum S. 82/83.

[4] Wilke zu § 2258 Bem. 1.

Auch bei der Behandlung des § 2258 Abs. 2 taucht die Streitfrage auf, ob diese Vorschrift zwingendes Recht enthält oder ob ihre Wirkung durch den Erblasser ausgeschlossen werden kann. Wie im Falle des § 2257 vertreten Matthiaß, Dernburg, Boehm sowie außerdem Eichhorn[1] die Ansicht, § 2258 Abs. 2 stelle eine dispositive Norm dar, während Peiser, RGRKomm., Staudinger, Planck, Leonhard, Kretzschmar, Endemann und Frommhold[2] auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehen. Aus den bereits im vorherigen Kapitel angeführten Gründen schließe ich mich der letzten Ansicht an. Danach kann also die aufhebende Wirkung des § 2258 Abs. 2 durch den Erblasser nur ausgeschaltet werden, wenn er mit dem Widerruf des widersprechenden Testaments gleichzeitig ausdrücklich verfügt, daß auch das ursprüngliche Testament keine Gültigkeit mehr haben soll.

[1] Matthiass § 278 III; Dernburg § 40 III; Boehm § 64 II; Eichhorn IV 3 S. 106.
[2] Peiser S. 321; RGRKomm. § 2258 Bem. 2; Staudinger zu § 2258 Bem. 1 Abs. 3; Planck zu § 2258 Bem. 3; Leonhard zu § 2258 II B; Kretzschmar § 21 III 3; Endemann III § 50 2 Anm. 9 (5. Aufl.) und Frommhold § 2258 Bem. 3.

Lebenslauf

Am 7. April 1911 wurde ich, *Wilhelm Johann Friedrich Reinstorf*, als Sohn des Postinspektors Wilhelm Reinstorf und seiner Ehefrau Anna, geb. Jantzen, in Osterholz-Scharmbeck geboren. Bis zu meinem 12. Lebensjahr besuchte ich die Mittelschule in Osterholz-Scharmbeck, anschließend die Oberrealschule in Bremen. Dort bestand ich Ostern 1929 das Abitur. Von Ostern 1929 bis zum Sommersemester 1933 studierte ich an den Universitäten in Marburg, Kiel und Göttingen die Rechts- und Staatswissenschaften. Im Juli 1933 bestand ich am Oberlandesgericht in Celle das juristische Referendar-Examen. Seit dem 8. August 1933 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst beschäftigt.